مدى إلزام الغير بما لم يلتزم

دراسة مقارنة لفكرة

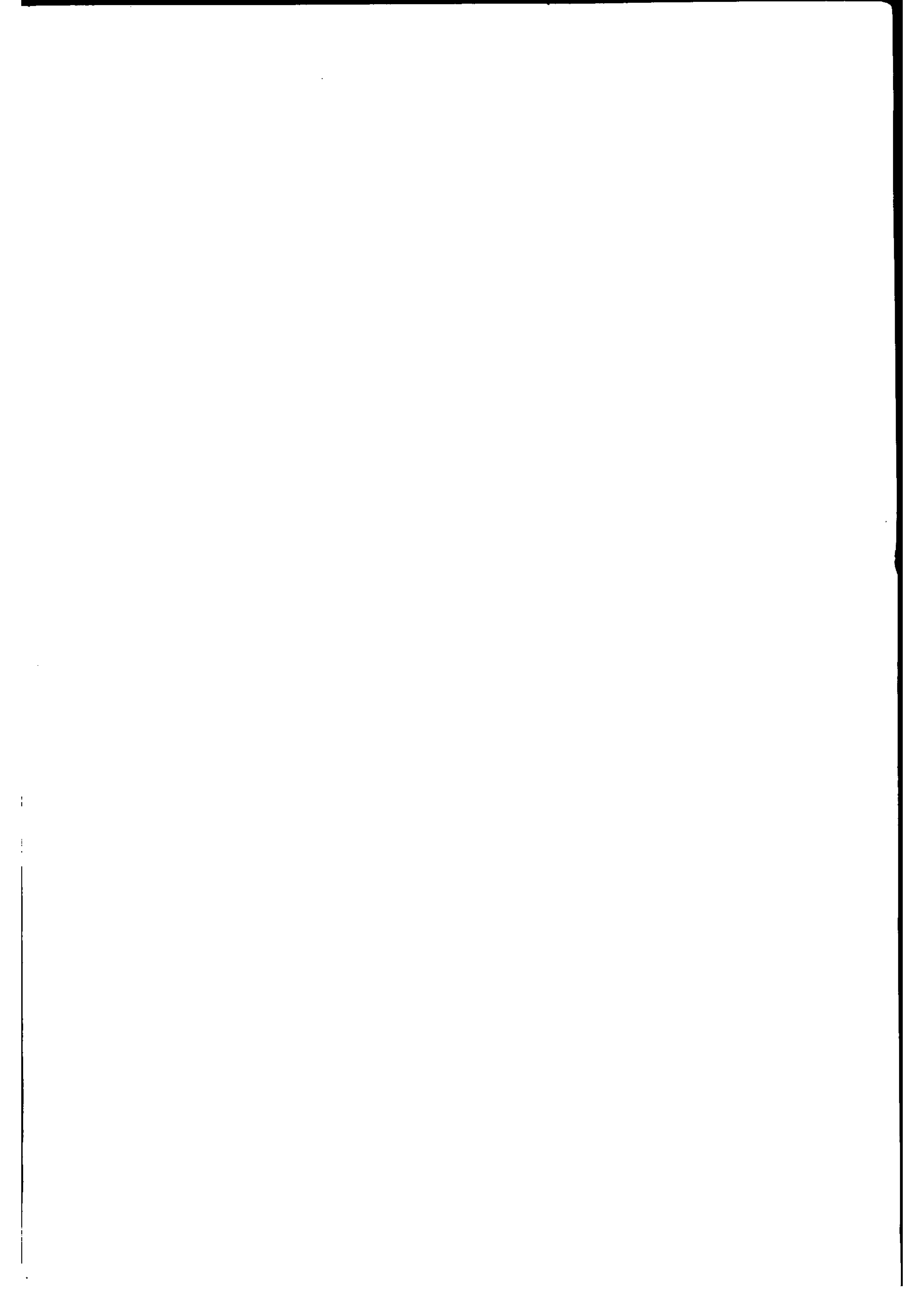
التعهد عن الغير وأشكالاته

دكتــور

محمود عبد الرحيم الديب

مدرس القانون المدنى

بكلية الشريعة والقانون بدمنهور



بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالي:

﴿ وتعاونوا علي البر والتقوي ،ولا تعاونوا علي الاثم والعدوان. واتقوا الله﴾

(المائدة :٢)

مقدمــــة

الحمد الله الذى علم بالقلم، علم الإنسان مالم يعلم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ﴿يؤتى الحكمة من يشاء، ومن يؤت الحكمة فقد أوتى خيرا كثيرا﴾[1] وأشهد أن سيدنا محمدا رسول الله، الأمى الذى علم المتعلمين، الهادى الذى قاد سفينة العالم الحائرة فى خضم المحيط ومعترك الأمواج إلى شاطىء الله رب العالمين. اللهم صلى وسلم وبارك عليه، وعلى آله وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين......

وبعــــد

فقد وضع الله للناس أساس التعامل فيما بينهم، ووضح لهم المنهج القويم فى ذلك، فأمرنا أن نكون متعاونين، وجعل أساس هذا التعاون فى البر والتقوى، فقال سبحانه ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾[2] كما نهانا عن نقيض ذلك، وأن يكون تعاوننا فيه افساد أو معصية فقال جل جلاله ﴿ولاتعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله﴾[3]، ولذا فإن من سلك هذا الطريق كان النجاح حليفه، والفوز غايته.

غير أن الناس فى نطاق المعاملات متفاوتون، فمنهم من لديه خبرة وحنكة، فيستطيع أن يغتنم الفرص التى تواتيه، ومنهم من هو قليل الخبرة بأمور حياته، فتضيع منه الفرصة تلو الفرصة، حتى يجد نفسه فى معترك الحياة بلامعين أو نصير.

ولهذا كان الناس فى حاجة إلى أن يشد بعضهم أزر بعض، ويأخذ القوى منهم بيد الضعيف، ويعطى صاحب الخبرة قليلا منها لمن يفقدها، فيكون له طوق نجاة، وأسباب سعادة فى هذه الحياة.

ومما لاشك فيه أن مجال المعاملات رحب فسيح، يتسع لكل مايستجد فى هذه

---

(١) سورة البقرة (٢٦٩)

(٢، ٣) سورة المائدة (٢)

الحياة، ويستطيع هذا المجال بقواعده العامة أن يسيطر على كل جديد طالما كان النظر بعيدا، والرؤية - لهذا الجديد - ثاقبة. ولايكون ذلك إلا باعمال الفكر والتدبر فى الأمور، حتى يمكن أن نجد - لما يستجد فى الحياة - نصوصا تشريعية، أو على الأقل روحا لهذه النصوص، تنظم أحكامه، وترتب معالمه.

ولست مبالغا إن قلت: أن دائرة المعاملات عموما فى الفقه الاسلامى والفقه القانونى يحكمها الالزام والالتزام، على السواء،حتى وجدت نظرية برمتها فى الفقه القانونى، هى نظرية الالتزام، وهى التى تكاد تكون أساس كل تعامل قانونى، بل ويبتى عليها كثير من أحكام ونصوص القانون بجميع فروعه. ولاشك أننا لانعدم هذا الاساس كذلك فى مجال الفقه الاسلامى.

وإذا كانت نظرية الالتزام هى جوهر المعاملات عموما، فإن التصرف القانونى الواقع بين الأفراد هو جوهر هذه النظرية. ولعل الفقه يكاد يجمع على أن أساس هذا التصرف، هو العقد أو الارتباط القانونى أو الشرعى الواقع بين الأفراد. ولهذا أفرد الفقهاء للعقد- فى حد ذاته - نظريات، ووجدت مؤلفات كثيرة انصب فكرها، واجتهد مؤلفوها للخوض فى أعماق نظرية العقد هذه.ولايعقل أن يشارك كل فئات المجتمع فى كل عقد يبرم بين اثنين أو أكثر، بل إن لهذا العقد نطاق محدد يؤثر فيه ويتأثر به. فى هذا النطاق فقط يفرض العقد التزاماته، ويحدد من يجب عليه تنفيذ هذه الالتزامات، بحيث لايتعدى هذا النطاق إلا نادرا، وبنص تشريعى، أو حكم قضائى. وهذا النطاق هو مايطلق عليه مبدأ نسبية آثار العقد. والذى يعنى فى مجمله، أن العقود لاتضر ولاتنفع غير عاقديها. ويأخذ حكم العاقدين - بنص القانون - كلا من الخلف العام والخاص والدائنين للمتعاقدين.

ومعنى ذلك أن غير المتعاقدين وخلفهما ودائنيهما لايتأثر بالعقد المبرم - كقاعدة عامة - وهو مايطلق عليه لفظ «الغير» ونعنى به كل من كان أجنبى عن العقد، فلا

يتأثر به، كما لايؤثر هو فى العقد سلب أو إيجابا، دون اغفال إمكانية الاحتجاج بالعقود على هذا الغير.

بيد أن بعض نصوص القانون قد خرجت عن هذا الإطار العام، والزمت الغير بما جاء فى بعض العقود متوخية فى ذلك العدالة، واستقرار التعامل بين الناس.[1]

ومما لاشك فيه أن هذا الهدف نبيل، بل تعمل كثير من التشريعات على الوصول إليه بكل ممكن. فأن تسود العدالة، ويتحقق الاستقرار فى التعامل بين الناس داخل المجتمع، فهذا هو الذى يرقى بالأمة، ويوفر لها السعادة، وأسباب الحياة الكريمة.

ومن هذا المنطلق فإن كل مايؤدى إلى مجافاة العدالة، وزعزعة الاستقرار بين المتعاملين، يكون مرفوضا شرعا وقانونا، ويجب أن يسد أمامه كل الأبواب، حتى تعود العدالة من جديد، ترفرف على الحياة، ويسود الاستقرار أرجاء المجتمع مع الأخذ فى الاعتبار أن أساس العدالة، وجوهر الاستقرار، هو الارادة الحرة التى تتصرف وفق متطلبات حياتها، ومقتضيات مصلحتها.

وغنى عن البيان أن الحاق آثار العقود بالغير، إذا لم يكن هدفه العدالة واستقرار التعامل، فإنه يكون من قبيل الغاء هذه الارادة، التى كفل لها المشرع كل اسباب الرضائية فى نطاق التعامل. ومن ثم فإننا نجد أن من يتعهد عن شخص معين ليقوم بتصرف معين، فإنه يكون بذلك قد أراد الزام هذا الشخص المتعهد عنه، وقد يأتى هذا الالزام على غير إرادة منه، وهذا هو الغالب، والذى عليه أجمع الفقهاء فى كل من الفقه القانونى والفقه الاسلامى، على أن هذا التعهد لايلزم هذا الغير.

ولايفوتنى أن أذكر أن عملية التعهد عن الغير هذه، هى إحدى وسائل التعاون بين الناس، وهو نوعان: إما تعامل بالنفع والخير لمن تعهد عنه، وإما غير ذلك، فإن كانت الأخيرة، كان إجماع الفقهاء على عدم إلزام الغير فى هذه الحالة. لكن ماذا

(١) راجع: د. عبد الرزاق السنهورى، نظرية العقد، دار الفكر، من ٨٦٢ فقرة ٧٦٩.

يكون لو كان المتعهد قاصدا بتعهده عدم ضياع فرصة على المتعهد عنه، وأراد بهذا التعهد أن يجلب للغير منفعة محضه، ماكان له أن يصل إليها بغير هذا الطريق، إما لغيبة أو نقص في أهلية، أو قلة خبرة. فهمل من المنطقى أن نعطى الخيار للغير فى هذه الحالة لكى يوافق على ماقام به المتعهد، فينقذه – المتعهد – من ضيق يحيق به، والتزام يحل به، إن أبى هذا الغير أن يوافق على تصرفه؟!! إن المنطق والحس القانونى يقول طالما أراد المتعهد بتعهده مصلحة ظاهرة للغير، لايرتاب فيها اثنان، ولاينتطح فيها عنزان، فإن الغير فى هذه الحالة ليس له إلا أن يوافق على ماقام به المتعهد، وهو بهذه الموافقة يكون قد اعطى لإرادته تأكيدا على اتجاهها لهذا التصرف لو كان فى مثل ظروف المتعهد، ومن ثم فإن هذا الالزام للغير –فى مثل هذه الحالات – لايعد افتئات على سلطان الارادة الذى يجب أن يسود. إذ يكفى لهذا السلطان أن يدعى الغير ضررا أصابه من جراء ماقام به المتعهد، ولايكلف بعبء اثباته – خلافا للقواعد العامة – وبالتالي يلتزم على نحو ماقال به جمهور الفقهاء.

من هذا يتضح أن الغير وإن كان لايلزم نفسه فى بعض التصرفات إلا أنه قد يلتزم بموجب هذه التصرفات، إذا ماتوافرت ضوابط معينة ، ضمنتها هذا البحث وأردت الوصول إليها تفاديا لاشكالات كثيرة تثار لو لم نصل إلى هذه النتيجة المنطقية التى تمليها علينا قواعد العدالة واستقرار التعامل بين الناس. والوسيلة لتحقيق ذلك هى عملية أو فكرة التعهد عن الغير، ولهذا تناولتها بشىء من التفصيل والتوضيح، ليستقيم للبحث عوده، ويؤتى الثمرة المرجوة منه.

هذا وقد تناولت فكرة التعهد عن الغير فى تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالى:

تمهيد:

المبحث الأول: حقيقة التعهد عن الغير.

المطلب الأول: تعريف التعهد عن الغير.

المطلب الثانى: تمييز التعهد عن الغير عما يشتبه به.

المبحث الثانى: أحكام التعهد عن الغير.

المطلب الأول: التعهد عن الغير ونسبية آثار العقود.

المطلب الثانى: آثار التعهد عن الغير .

المبحث الثالث: اشكالات التعهد عن الغير.

المطلب الأول: اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه القانونى.

المطلب الثانى: اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه الاسلامى.

خاتمة: تضمنت أهم نتائج البحث والمقترحات التى تم التوصل إليها.

هذا وقد قمت من خلال هذا البحث بمقارنة الفقه القانونى بالفقه الاسلامى، دائما وأبدا، إذ بالمقارنة تتجلى الحقائق، وتتضح المعالم، وكان قصدنا فى ذلك، التقريب بين النظم المختلفة، لاستخلاص المجال المشترك الذى تتفق عليه هذه النظم، بحيث تكون النتيجة ثروة عامة من المبادىء القانونية والشرعية، التى تعين الباحثين فى هذا المجال.

هذا فإن وفقت فمن الله وماتوفيقى إلا بالله. وإن كانت الأخرى، فعذرى أننى بشر أخطىء وأصيب، والله من وراء القصد، وهو الهادى إلى سواء السبيل.

دكتـور

محمود الديب

الاسكندرية فى ديسمبر ١٩٩٦

تمهيـــد

تعتبر التصرفات القانونية جوهر التعامل بين أفراد المجتمع، وهذه التصرفات لها وجهان، حيث تلزم أفرادها كما يلزمون بها. والزام الغير - على هذا النحو - يعنى اتجاه إرادة إلى جعل هذا الغير يلتزم. فإن كانت هذه الارادة هى إرادة المشرع فلاجدال، وإن كانت ارادة الأفراد فينبغى البحث إذن فى مضمون هذا الالتزام.

والغير - وهو من كان أجنبيا عن التصرف - لايلتزم بصفة عامة بتصرف لم يكن طرفا، فإلزامه على هذا النحو، لايكون إلا بوسيلة قانونية نظمها المشرع ورتب عليها أحكامها. هذه الوسيلة هى عملية التعهد عن الغير، فبالرغم من أن المشرع جعل الغير فى هذه الوسيلة لايلتزم بشىء، إلا أنها هى الوسيلة القانونية التى يمكن للغير أن يلتزم بناء عليها، أو محصلة لها، خاصة إذا ماوافق على هذا الالتزام. ولهذا فإننا نتناول فى هذا التمهيد فكرة الالزام والالتزام، لنصل إلى كيفية إلزام الغير بطريقة قانونية سليمة.

فالالتزام هو واجب قانونى على شخص بأن يقوم بعمل أو الامتناع عن عمل أو اعطاء شىء[1].

ويعرفه الفقه الاسلامى بأنه إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقا أو معلقا على شىء، فهو تعهد شخص لايسئل عنه غير الملتزم، فكان قاصرا عليه حال حياته، وعلى مايتركه بعد وفاته من أموال. وهو نوعان: إختيارى، وهو ماكان بإرادة الانسان واختياره، فيلزم نفسه مالم يكن مطلوبا منه من قبل.وقسرى، وهو ماكان نتيجة لالزام من له حق الالزام، ولادخل لارادة الانسان فيه[2].

---

(١) د. أحمد سلامة، مذكرات فى نظرية الالتزام ج١، ط ١٩٧٥، ص ٣٧، د. العطار، نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، ك١، ١٩٧٥، ص ٨.

(٢) راجع فى ذلك: د.عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، ١٩٨٩، ص ٦٠ ومابعدها.

ويأخذ الفقه الاسلامى بالتفرقة بين الالزام والالتزام، فالالزام يعنى الثبوت والوجوب، أما الالتزام فيعنى إرادة شغل الذمه بشيء.[1]

ومن تعريفات الفقهاء لهذين المصطلحين يتضح أن الالزام يكون من سلطة حاكمة، بمعنى أنه يأتى من الغير، سواء كان هذا الغير نصا أو شخصا.

أما الالتزام فيصدر ابتداء من الشخص الملتزام اختيارا من قبل نفسه، وإن كان الالتزام يتضمن معنى الالزام بذاته.[2]

وكل من الالزام والالتزام يختلفان عن اللزوم، والذى يعنى عدم استطاعة انهاء العقد بالارادة المنفردة، وهو مايسمى فى الفقه الاسلامى بالاقالة، فالتصرف اللازم هو الذى لايتم انتهاؤه إلا بالإقالة[3].

ومعنى ذلك أن الزام الغير إنما يكون عن طريق ارادة أخرى غير إرادته، وكما قلت إما أن تكون إرادة المشرع ، وإما أن تكون إرادة الأفراد، فإن كانت إرادة المشرع فهى النصوص القانونية والأحكام القضائية، وإن كانت إرادة الأفراد، فلابد من وسيلة تنظم هذا الالزام، وتضع له الضوابط من خلال قنوات شرعية وأفكار قانونية، تعمل من خلالها عملية التنظيم هذه.

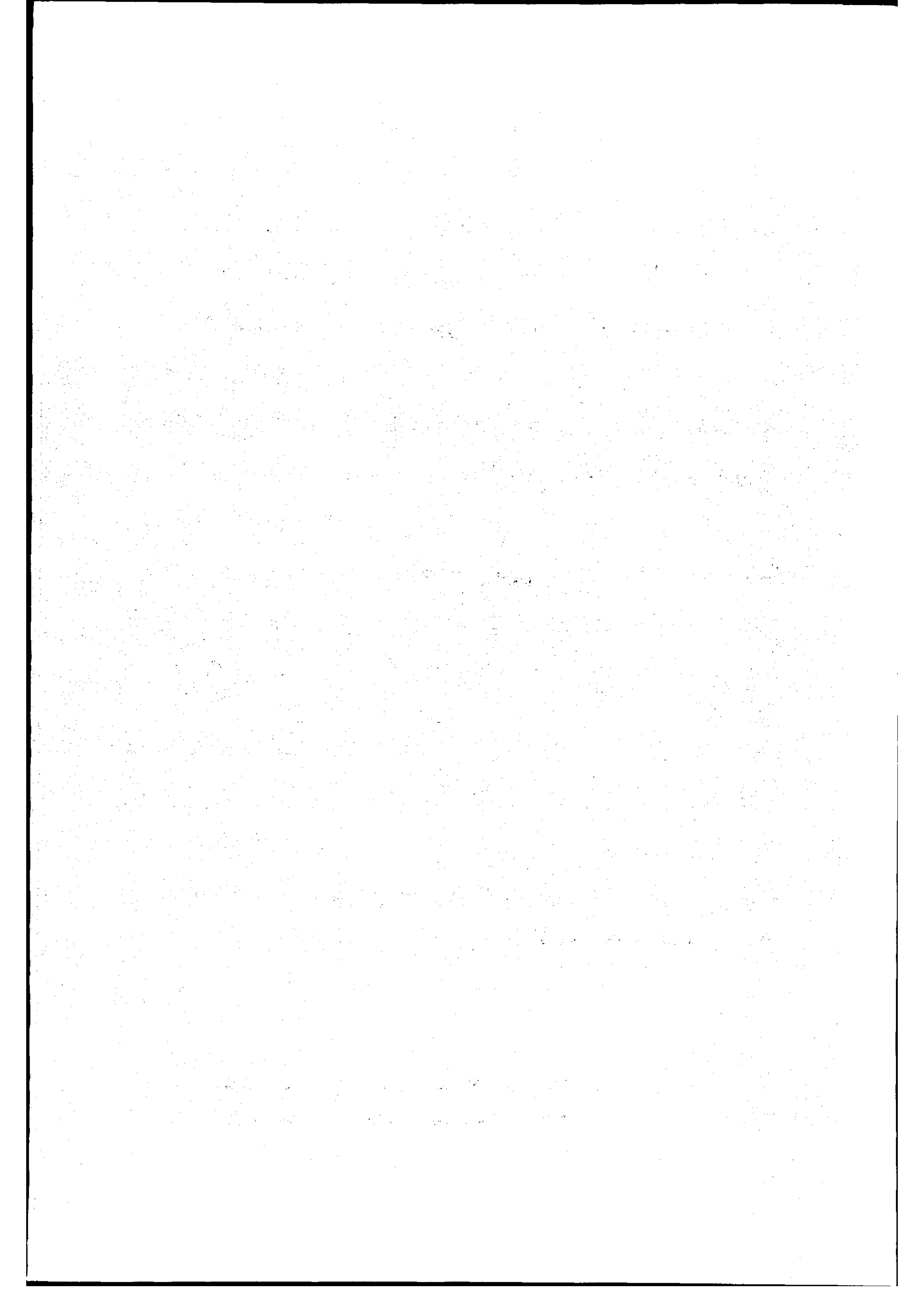
والفكرة القانونية التى يمكن بحث مدى إمكانية الزام الغير فيها، هى فكرة التعهد عن الغير، حيث أنه من المعلوم أنه يلزم بمجرد قبوله التعهد، فهل يمكن الزامه فى غير هذه الحالة، وبمعنى أدق هل يمكن اجباره على هذا القبول حتى يلزم، ومامدى إمكانية ذلك؟ هذا ماسوف ابحثه فى هذه الأطروحة، مقارنا فيها بين الفكر القانونى، والفكر الاسلامى. كلما كان ذلك ممكنا.

---

(١) المصباح المنير، مادة «الزام».

(٢) د. جمال محمود؛ سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الاسلامى، رسالة ، ص ١٥٨.

(٣) د. وهبة الزحيلى، الفقه الاسلامى وأدلته، دار الفكر، ج ٤ ص ٢٣٣.



المبحث الأول

حقيقة التعهد عن الغير

ويتناول مطلبين :

المطلب الأول: تعريف التعهد عن الغير

المطلب الثاني: تمييز التعهد عن الغير عما يشتبه به

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

المبحث الأول
حقيقة التعهد عن الغير

تمهيد وتقسيم:

لكل شيء طبيعته التي يتصف بها، وحقيقته التي يقوم عليها، وبالتالى تكتمل جوانبه، وتتحدد خصائصه، وتتضح معالمه، فيأخذ شكله العام، ومظهره الذى يعبر عن هذه الحقيقة، وتلك الطبيعة، وبهذا تختلف الأشياء وتتميز عن بعضها.

والتعهد عن الغير له حقيقته التى يقوم عليها، وطبيعته التي يتسم بها، وبالتالى فإنه ينبغى القاء الضوء على حقيقته من خلال تعريفه، وتمييزه عما يشتبه به من أفكار مماثلة له.

ولذلك فسوف أعقد لهذا المبحث مطلبين، أتناول فيهما تعريف التعهد عن الغير، وتمييزه عما يشتبه به مقارنا في كل ذلك بين فقه الشريعة الاسلامية وفقه القانون المدنى كلما كان ذلك ممكنا. وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول
تعريف التعهد عن الغير

للوقوف على معرفة التعهد عن الغير لابد من التعرض لتعريفه، وبيان أركانه وشرح شروطه وذلك على النحو التالى:

أولا: التعريف:

جاء فى المعجم الوسيط أن التعهد هومصدر الفعل عهد، فيقال عهد فلان إلى فلان عهدا، أى القى إليه العهد وأوصاة بحفظه، ويقال: عهد إليه بالأمر، أى أوصاه به، وتعهَّد بالشيء: التزم به، والعهد: العلم. يقال هو قريب العهد بكذا: قريب العلم به. وفى التنزيل العزيز ﴿وبعهد الله أوفوا﴾[1] أى وصاياه وتكاليفه، ومنه المتعهد أى المحافظ على العهد والملتزم بالشيء يفعله وينفذه[2].

---

(1) سورة الأنعام (آية ١٥٢).

(2) المعجم الوسيط، مادة (عهد).

والتعهد عن الغير نظام يقصد به اتفاق بين شخصين، يتعهد فيه أحدهما (المتعهد) بأن يجعل شخصا ثالثا ليس طرفا فى هذا الاتفاق (الغير) بأن يلتزم بأمر معين قبل الطرف الثانى[1].

مثال ذلك أن يتعهد أحمد لمحمد بأن يجعل زيدا يوافق على بيع منزله له، أو أن يتعهد حسن لزيد بأن يجعل فنانا معينا يقبل احياء حفل له.

فالتعهد عن الغير ماهو الا عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له، وهو فى ذاته عقد لاغبار عليه، فإن توافرت فيه مقتضيات القواعد القانونية بالنسبة إلى العقود عامة، انعقد صحيحا، وتعين أن ينتج آثاره[2].

فقد يحدث أن يقوم شخص ، مثل شريك فى مال مملوك على الشيوع بينه وبين آخر، بالتعهد عن هذا الشريك الذى قد يكون غائبا، بأن يحمله على أن يبيع نصيبه فى هذا المال، ولكن هذا التعهد لايلزم الشريك الغائب فله أن يقبل أن يتعاقد مع المتعهد له، وله أن يرفض ذلك، باعتبار أنه لايصح أن يلتزم باتفاق تم بين شريكه والمشترى[3].

والتعهد عن الغير بهذا المعنى كثير الوقوع فى الحياة العملية[4]، فحيث يتعذر

---

(١) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج١ ، فقرة ١٨٥ ، د. لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، فقرة ٢٢٠ ، د. عبد الرازق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ك١ ، ج١ ، فقرة ٢٣٦ .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد والادارة المنفردة، فقرة ٢٩٢ .

(٣) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية ١٩٩١ ، فقرة ٢٢١ .

(٤) د. السنهورى ،الوسيط نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد ١٩٨١ ، فقرة ٣٥٨ ، انظر عكس ذلك: د. عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، ك١ ، فقرة ٩٦ ص ١٩٩ حيث ذكر سيادته أن التعهد عن الغير على هذا النحو أمر نادر فى العمل، والشائع فى العمل أن ترد فكرة التعهد عن الغير فى صورة وعد، فيعد المتعهد من يتعاقد معه بأن يحمل الغير على التعاقد، وفرق بين الوعد والتعهد، كما يرى سيادته أن فكرة التعهد هذه قد ترد فى صورة فضاله، فالمتعهد لايتصرف باسمه وإنما يتصرف باسم الغير بغير نيابة عنه،وعندئذ تسرى أحكام الفضاله.

غير أنه ينبغى أن نقيم لهذه الفكرة مضمونها الذى لايكاد يختلط بغيرها من هذه الأفكار كالوعد والفضالة وغيرها مما يشابهها، وهو مايجعلنا نقيم تفرقة بين فكرة التعهد عن الغير وغيرها من مثيلاتها على نحو ماسنوضحه فى المبحث الثانى بمشيئة الله تعالى.

الحصول على رضاء ذوى الشأن، فإن شخصا ماقد يتعهد بالحصول على هذا الرضا. وتظهر الصورة العملية للتعهد عن الغير فى حالة الملكية الشائعة[1]، أى المال المملوك لعدة شركاء عندما يريدون بيع العين المملوكة لهم على الشيوع، أملا فى صفقة رابحة، وقد يحدث أن يكون بينهم غائب أو قاصر، فيبرمون عقد البيع، ويلتزمون بصفة شخصية بهذا العقد من ناحية، ويتعهدون عن الشريك الغائب أو القاصر بأنه سيقوم ببيع نصيبه للمشترى حال حضوره أو بلوغه سن الرشد من ناحية أخرى.

والتعهد عن الغير بهذه الصورة قد يعالج كثيرا من المواقف، بل إن المقصود به غالبا إنما هو علاج موقف لايمكن فيه الحصول على رضاء ذى الشأن لسبب ما، فيلزم عنه غيره، كما فى المثال السابق، حيث يستطيع الشركاء على الشيوع بتعهدهم عن القاصر تفادى إجراءات المجلس الحسبى المعقدة، كما يستطيعون اغتنام الفرصة السانحة بتعهدهم عن الغائب إذا ماكانت الصفقة رابحة ويخشى فواتها، وكما يستطيع الوكيل بتعهده عن الموكل فى إجازة ماجاوز به حدود وكالته أن يبرم العقد المتمخض عن النفع المحض للموكل، فيبرم العقد باسمه متعهد عن الموكل[2].

ثانيا: أركان التعهد عن الغير.

من هذا العرض يتضح أن فكرة التعهد عن الغير تتضمن ثلاثة أشخاص هم أركانها وهم:

١- المتعهد: وهو أحد طرفى عقد التعهد عن الغير، وهو الذى يتعهد فى مواجهة المتعاقد معه، بأن يجعل هذا الغير يقبل التحمل بالتزام معين لصالح المتعاقد معه.

٢- المتعهد له: وهو الطرف الآخر فى عقد التعهد عن الغير وهو الذى يحصل التعهد لمنفعته.

---

(١) د. عبد الرازق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦، ص ٢٨٤، د. سليمان مرقس، الوجيز فى شرح القانون المدنى، ج١، فقرة ٢٨٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الفكر، فقرة ٧٧١، وانظر فى ذلك: استئناف مختلط ١٥ يونية ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ مشار اليه فى ذات المرجع، ص ٨٦٦ هامش (١)، د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، فقرة ٣٠٥.

٣- المتعهد عنه: وهو ذاك الذى يلتزم المتعهد بأن يجعله يقبل الالتزام لصالح المتعهد له، وهو ليس طرفا فى عملية التعهد عن الغير، بل هو الغير نفسه.

ثالثا: شروط التعهد عن الغير.

لكى يتضح معنى التعهد عن الغير بجلاء، لابد من ذكر شروطه التى نص عليها القانون المدنى، ولذلك فسوف اتناول هذه الشروط فيما يلى:

نظم القانون المدنى فكرة التعهد عن الغير، حيث نصت المادة ١٥٣ من القانون المدنى الجديد على مايأتى:

١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلايلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد. أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به.

٢- أما إذا قبل الغير هذا المتعهد، فإن قبوله لاينتج أثرا إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد»[1].

---

(١) ورد نفس حكم هذه المادة فى م ١٥٤ سورى، ١٥٥ ليبى، ١٥١ عراقى، ١٩٣ ، ٢٢٦ لبنانى، ٢٠٩ أردنى، ويرجع تاريخ هذا النص فى القانون المدنى المصرى إلى نص المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدى، حيث نصت هذه المادة على مايلى: «١- اذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لايلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم. ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به إذا كان فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن. ٢- أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن اقراره لاينتج أثرا إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن ينسحب أثر الاقرار إلى اليوم الذى صدر فيه الوعد» وفى لجنة المراجعة ادخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقمه ١٥٧ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب، وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة «تعهد» ومشتقاتها بكلمة «وعد» ومشتقاتها لأن التعهد يؤدى معنى الالتزام وهذا مالايفيده الوعد، وحذفت الجملة الأخيرة من الفقرة الأولى وأدخلت بعض التعديلات حتى أصبح النص كما ورد فى المتن. وأصبح رقم المادة ١٥٣ ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته.

انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص ٣٠٥ - ٣٠٩ (مشار إليه د. السنهورى، الوسيط مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٥٠ هامش (١).

من هذا النص نستطيع أن نستخلص شروط التعهد عن الغير، وهى كما يلى:

١- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لاباسم الغير الذى يتعهد عنه، ولذا تنصرف آثار العقد الذى تعهد فيه عن غيره إليه هو لا إلى الغير[١].

٢- أن تتجه إرادة المتعهد عن الغير إلى الزام نفسه بالتعهد، لا إلزام الغير الذى تعهد عنه، فالتزامه شخصى، ذلك أنه إذا تعاقد باسمه، وأراد الزام الغير بتعاقده، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل، إذا أنه لايمكن قانونا أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الأخير طرفا فيه، بخلاف الاشتراط لمصلحة الغير، حيث أن المشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقا مباشرا من ذات العقد الذى ابرمه المشترط، وهو مايجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقيا من القاعدة التى تقضى بأن العقد لاينصرف أثره إلى الغير، وهو ماسنوضحه فى المبحث التالى بمشيئة الله تعالى، فالتعهد عن الغير لايلزم الغير، فى حين الإشتراط لمصلحة الغير يكسب الغير حقا، فكان الثانى استثناء من نسبية آثار العقود، دون الأول[٢].

٣- أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل مضمونه أن يجعل الغير يقبل التعهد، والتزام المتعهد هذا التزام بتحقيق نتيجة وهو جعل الغير يقبل التعهد، وليس التزاما ببذل عناية فلايكفى أن يبذل المتعهد مافى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، ففى هذه الحالة يعتبر المتعهد مقصرا، وبالتالى يلتزم بالتعويض، أما إذا قبل الغير التعهد فإن التزام المتعهد يكون قد انتهى، ولايكون على المتعهد بعد ذلك أن يضمن تنفيذ الغير للتعهد، لأنه ليس كفيلا للغير فى تنفيذ التزامه، فالتعهد بهذا الشرط يعتبر ايجابا معروضا على الغير، والغير حرفى قبوله أو رفضه[٣].

---

(١) د. عبد الودود يحيى، نظرية الحق ومبادىء العقد، ص ٢٩٠، د. عبد الحى حجازى، مصادر الالتزام، بند ٤٤١.

(٢) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٣) د. العطار، المرجع السابق، ص ١٩٨، وانظر عكس ذلك: د. اسماعيل غانم، ص ٣٦٣ ومابعدها (مشار إليه فى مؤلف د. العطار، المرجع السابق، هامش (٢).

وبهذا يستبين جليا نظام التعهد عن الغير، وتتضح صورة هذه الفكرة من خلال تعريفها وشروطها كما ذكرت أنفا، غير أن هذه الفكرة قد تختلط بكثير من الافكار المماثلة لها والتى قد تتفق معها فى كثير من جزئياتها، مما يوحى بإدماجها مع غيرها فى بوتقة واحدة، مع أنها تختلف عنها فى بعض جزئياتها الأخرى مما يستوجب علينا أن نميز بين هذه الفكرة ومثيلاتها مما قد يشتبه بها، ولذا أعقد لهذا التمييز المطلب التالى.

المطلب الثانى

تمييز التعهد عن الغير عما يشتبه به

تمهيد وتقسيم:

بعد الوقوف على معنى التعهد عن الغير بالمفهوم السابق، نجد أن هذه الفكرة تشبه إلى حد كبير بعض الأفكار المماثلة لها والتى تكاد تختلط بها اختلاطاً كبيرا. فمثلا: نجد أن التعهد عن الغير يشبه نظام الفضاله، حيث أن كلا من المتعهد والفضولى يصدر عنهما أعمال مماثلة فى شأن الغير، وكذا يختلط عمل المتعهد بعمل الكفيل مما يوحى بالشبه الكبير بين التعهد عن الغير والكفالة، وقد يتوهم البعض أن ماقام به المتعهد فى تعهده عن الغير ماهو إلا وكالة أو نيابة عن هذا الغير، مما يفهم منه أن نظام التعهد عن الغير مشابه أو يكاد يشابه نظام الوكالة، كما نجد أن فكرة التعهد، وهى تعنى فى حد ذاتها وعد يأخذه المتعهد على نفسه بالحصول على موافقة المتعهد عنه للعقد المتعهد به، تختلط اختلاطا كبيرا بفكرة الوعد بالتعاقد، باعتبار الأثر المترتب على كل منهما، كما يلاحظ أن فكرة التعهد عن الغير قد توحى بأنها ماهى الا تصرف فى ملك هذا الغير، فتشبه من هذه الناحية بيع ملك الغير، وأخيرا نجد أن فكرة التعهد عن الغير قد تؤخذ على أنها التزام مشروط بموافقة هذا الغير، مما يوحى باختلاطها بالالتزام المشروط أو الالتزام المعلق على شرط ، خاصة وان القانون التونسى اعتبرها كذلك.

لكل هذه الأمور كان واجبا علينا أن نميز بين فكرة التعهد عن الغير، وهذه

الأفكار المماثلة أو المشابهة لها من وجه أو أخر، حتى تستقيم لنا الفكرة واضحة لالبس فيها ولاغموض، ومن هنا فإننى اعقد فروعا مستقلة لكى أميز بينها وبين مايكاد يختلط بها، وذلك على النحو التالى:

الفرع الأول: التعهد عن الغير والفضالة.

بعد الوقوف على المعنى الواضح لفكرة التعهد عن الغير، ينبغى علينا أن نوضح مضمون الفضالة، حتى يتسنى لنا الوقوف عن نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، وذلك من خلال تعريفها وبيان أركانها والتزام الفضولى فيها وذلك بشيء من الايجاز على النحو التالى:

أولا: تعريف الفضالة:

يقضى القانون المدني بأن الفضالة هى: أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك[1].

وبناء على ذلك فإن الفضالة ماهى إلا عمل يتفضل به شخص على آخر بأن يقوم بشأن عاجل لحسابه، دون أن يكون ملزما بالقيام بذلك، وهو بذلك يحافظ على شأن من شئون غيره ولايعبث به، الأمر الذى أوجب القانون معه على صاحب العمل أن يعوضه عن ذلك[2].

مثال ذلك: أن يتولى جار ترميم سطح جاره الغائب، خشية نزول الامطار فيتلف ما بالمنزل من أثاث، فالجار فى هذا المثال ونحوه يعتبر فضوليا فى هذه الحالة.

ثانيا: أركان الفضالة.

يؤخذ من تعريف الفضالة السابق أنها تقوم على ثلاثة أركان اساسية هى:

١- أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لحساب شخص آخر يدعى برب العمل، وهذا الركن يحتوى على عنصرين أساسيين هما: تولى الفضولى شأنا لرب العمل، والصفة العاجلة لما يتولاه من عمل.

---

(١) م ١٨٨ مدنى ويقابلها: م ١٩١ ليبى، ١٨٩ سورى، ١٨٧ كويتى، ١٥١ لبنانى، ١٧٥ سودانى، ١٧٩ تونسى، ٩٤٣ مغربى.

(٢) د. العطار، مصادر الالتزام، فقرة ١٢٩ ص ٢٢٨.

فمن ناحية قيام الفضولى بشأن لرب العمل، فإن الفضولى قد يتولى القيام بعمل قانونى أو بعمل مادى، مثال الأول: أن يقوم الفضولى بعمل قانونى بصفته نائبا عن رب العمل، دون أن يأذن له رب العمل في ذلك سلفا، كما لو كان وكيلا تجاوز حدود وكالة ، إذ يعد الوكيل فى هذه الجزئية فضوليا- فيما جاوز فيه حدود وكالته، وكذا لو استمر فى الوكالة بعد انتهائها.

وقد يتولى الفضولى القيام بعمل مادى كما فى المثال السابق فى التعريف، كقيامه بإطفاء حريق فى منزل رب العمل[1].

ومن ناحية الصفة العاجلة لما يقوم به الفضولى فإنه يتعين أن يتوافر فى العمل الذي تولاه الفضولى وصف الاستعجال، وضابط ذلك: أن يكون هذا العمل واجبا القيام به دون توان، بحيث لو كان رب العمل نفسه موجودا ما تأخر فى القيام به[2].

وإذا كانت صفة الاستعجال لازمة فيما يقوم به الفضولى من أعمال فى الفقه القانونى، فإن هذا ليس بلازم فى الفقه الاسلامى، فالفضولى فى الفقه الاسلامى هو من يتدخل فى شئون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة، فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلا بالبيع أو نائبا عن المالك فهو فضولى، يستوى فى ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو يبيعه على أنه ماله هو، وسواء علم المشترى أنه فضولى أو لم يعلم، وكذا من اشترى لغيره مالادون توكيل أو نيابة فإنه يكون فضوليا[3].

٢- قصد الفضولى أن يعمل لحساب رب العمل،فلابد أن يقصد الفضولى من القيام بعمله لحساب رب العمل أن يكون بهدف تحقيق مصلحة لرب العمل، فإذا كان يعتقد أنه يعمل لحساب نفسه فإذا به يعمل لحساب الغير، فلاتتحقق الفضالة،

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٥، ص ٤٥٠ ومابعدها، د. لبيب شنب، المرجع السابق،ص ٤٥٨.

(٢) المرجع السابق، د. العطار، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(٣) البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، ج٦ ص ١٥٠، حاشية رد المحتار ، على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، ج٤، ص ٢١٠ ومابعدها.

كأن يقوم بترميم بناء على أنه مملوك به، ثم يتبين بعد ذلك أنه مملوك لغيره، فلاتنطبق أحكام الفضالة فى هذه الحالة وإنما تنطبق أحكام الاثراء بلا سبب[1].

كذلك تتحقق الفضالة ولو كان الفضول فى أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لايمكن معه القيام بأحدهما دون الأخر[2].

ويشترط أن يكون عمل الفضولى المفيد لرب العمل هذا له صفة الاستعجال السابقة، فلايكفى أن يكون عمل الفضولى مفيدا لرب العمل، طالما لم يكن عاجلا أى ضروريا[3].

٣- ألا يكون الفضولى ملزما بالقيام بهذا العمل أو منهيا عنه، فإذا كان الشخص (الفضولى) ملتزما بالقيام بالعمل الذى قام به، فلايعتبر فضوليا، أيا كأن مصدر هذا الالتزام. كما لو قام مقاول بترميم منزل مملوك لشخص آخر بناء على عقد مقاولة بينهما، فلايعتبر المقاول فى هذه الحالة فضوليا. وكذا إذا نهى شخص آخر عن القيام بعمل معين لحسابه، فلم يذعن هذا الأخير وقام بالعمل المنهى عنه، فإنه لايعتبر فضوليا أيضا، سواء كان النهى صريحا أم ضمنيا[4].

ثالثا: التزام الفضولى.

يلتزم الفضولى بعدة التزامات نص عليها القانون المدنى وهى:

١- أن يبذل فى عمله عناية الشخص المعتاد حيث يجب على الفضولى أن يبذل فى العمل - الذى يقوم به - عناية الشخص المعتاد، ويكون مسئولا عن خطئه، ومع ذلك للقاضى أن ينقص من التعويض المترتب على هذا الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك[5].

---

(١) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

(٢) م ١٨٩ مدنى ويقابلها، م ١٩٢ ليبى، ١٩١ سورى، ١٨٨ كويتى، ١٧٧ سودانى.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٤/١/٢٨ (مجموعة الاحكام س ٢٥ ص ٢٣٨).

(٤) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص٤٦٠، د. العطار المرجع السابق، ص ٢٣١.

(٥) م ١/١٩٢ مدنى ويقابلها : م١٩٥ ليبى، ١٩٢ سورى، ١٩٠ كويتى، ١٥٦ لبنانى، ١٧٩ سودانى، ١٨١ تونسى، ٩٤٥ مغربى.

فالفضولى – بناء على ذلك – لايلتزم بنتيجة أو غاية، ولكنه يلتزم بوسيلة هى مجرد بذل العناية، ومعيار هذه العناية المطلوبة هى عناية الشخص المعتاد. بحيث يكون قد وفى بالتزامه إذا بذل هذه العناية ولولم تتحقق النتيجة المرجوة من وراء عمل الفضولى[1].

٢– أن يمضى فى العمل الذى يقوم به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه حيث يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه[2] وذلك لأن انقطاعه عن الاستمرار فى العمل الذى بدأه قد يعرض صاحب العمل لخطر أكبر من الخطر الذى يتهدده لو لم يتدخل أصلا.

٣– أن يخطر رب العمل بالتدخل، فيجب على الفضولى أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك (م١٩١مدنى) وذلك حتى يتسنى لرب العمل أن يباشر بنفسه أعماله وفق مقتضيات مصالحه التى يقدرها هو بنفسه ، فهو الأقدر على تحديد مصالحه من غيره.

٤– أن يقدم لرب العمل حسابا عما قام به ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة حيث يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وتقديم حساب عما قام به[3] لرب العمل.

هذا باختصار أهم أحكام الفضالة فى الفقه القانونى، والتى بسببها وجد خلط بينها وبين التعهد عن الغير مما يستوجب التمييز بينهما، ويمكن ذلك عن طريق سرد أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما وذلك على النحو التالى:

---

(١) م ١٩٥ مدنى ويقابلها : م ١٩٨ ليبى، ١٩٦ سورى، ١٩٣ كويتى، ١٦١ – ١٦٤ لبنانى، ١٨١ سودانى.

(٢) م ١٩١ مدنى ويقابلها: م ١٩٤ ليبى، ١٩٢ سورى، ١٨٩ كويتى، ١٥٧ لبنانى، ١٧٨ سودانى.

(٣) م ١٩٣، ٧٠٥ مدنى ويقابلها : م ١٩٦ ليبى، ١٩٤ سورى، ١٩١ كويتى، ١٥٨ لبنانى، ١٨٠ سوادنى.

أولا: أوجه الاتفاق.

يتفق التعهد عن الغير مع الفضالة فى أن كلا منهما تصرف فى شئون الغير بغير نيابة عنه أو وكالة منه، فضلا عن أن كلا منهما يعد سببا فى التزام الفضولى من ناحية والمتعهد من ناحية أخرى. يضاف إلى ذلك أن أسباب كلا منهما تكون فى الغالب الأعم موحدة، فهى إما الغيبه للغير أو انتهاز فرصة قلما تتكرر بعد ذلك يحرص عليها كل من الفضولى والمتعهد بقصد تحقيق مصلحة لرب العمل فى الفضالة وللمتعهد عنه فى التعهد عن الغير. وأخيرا نجد أن محل الفضالة والتعهد عن الغير يكاد يكون متفقا فى كل شىء، حيث يجوز أن يكون محل الفضالة والتعهد بيعا أو شراء أو إيجارا أو أى تصرف قانونى، وتتميز الفضالة عن التعهد بجواز أن يكون محلها عمل مادى، وهو مانعرض له فى النقطة التالية.

ثانيا: أوجه الاختلاف.

بالرغم من التشابه الكبير بين الفضالة والتعهد عن الغير على النحو السابق إلا أن الخلاف بينهما لايزال قائما، ويمكن توضيح ذلك فى النقاط التالية:

١- موضوع الفضالة قد يكون عملا ماديا أو تصرف قانونيا بخلاف التعهد عن الغير فالغالب الأعم فيه أن يكون موضوعه تصرفا قانونيا، ونادرا مانجد أن التعهد يتناول الاعمال المادية، كأن يتعهد شخص لآخر بأن يقوم ثالث ببناء حائط أو هدم حائط لمصلحة المتعاقد معه، بل إنه لو حدث ذلك فإن الذى يحكم العلاقة بين المتعهد والمتعهد له هو التصرف القانونى المبرم بينهما، فضلا عن أن الفضولى يقوم بتنفيذ شىء بخلاف المتعهد فإنه يقوم بمجرد التعهد فقط.

٢- التصرف فى الفضالة يكون تصرفا صحيحا ولكنه موقوف على إجازة رب العمل، وذلك فى الفقه الاسلامى[1] والقانونى[2] على حد سواء بخلاف التصرف فى

(١) راجع: القوانين الفقهية لابن جزى المالكى ص ٢٤٥ ومابعدها، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ج٢ ص ١٤٣ ومابعدها، المغنى لابن قدامة الحنبلى، ج٤ ص ٢٠٥ ومابعدها، ويرى الشافعية وهو أحد الروايتين عند الحنفية أن تصرف الفضولى لاينعقد، فهو والعقد الباطل سواء (المهذب للشيرازى.ج١، ص ٢٦٢، البحر الرائق، ج٦ ص ١٤٧، فتح القدير، ج٥ ص ٣٠٩ - ٣١٦).

(٢) م ١٩٠ مدنى ويقابلها: م ١٩٣ ليبى، ١٩١ سورى، ١٨٨ حكويتى، ١٥٤ لبنانى، ١٧٧ سودانى.

التعهد عن الغير، فإنه مجرد تصرف لاينتج آية أثار إلى أن يوافق عليه المتعهد عنه فينشأ عن ذلك عقد جديد بين المتعهد له والمتعهد عنه.

٣- يعقد الفضولي - بعمله - تصرفا تاما، بخلاف المتعهد عن الغير فيعقد مجرد التزام بعمل هو حمل الغير على أن يعقد التصرف التام.

٤- يلتزم الفضولي فى عمله ببذل عناية الرجل المعتاد، بحيث يكون قد وفى بالتزامه بمجرد بذل هذه العناية، بخلاف المتعهد فإنه يلتزم بتحقيق نتيجة معنية هى حمل الغير على قبول التعهد بحيث لو لم تتحقق هذه النتيجة ما برئت ذمته وقامت مسئوليته.

٥- إذا أجاز رب العمل ماقام به الفضولي فإنه يجيز نفس التصرف - عملا ماديا أو تصرفا قانونيا - الذى قام به الفضولي، بخلاف المتعهد عنه فإنه إذا وافق على التعهد فإنه يبرم تصرفا جديدا قد يعدل أو يغير من التصرف الذى قام به المتعهد وقد يبقى كما هو دون تعديل أو تغيير.

٦- يلاحظ أن رب العمل إذا لم يجز تصرف الفضولي، فإنه لاتقع مسئولية على الفضولي فى هذه الحالة مع من تعاقد معه، لأنه تعاقد معه باعتباره فضولياً فكان على بصيرة من ذلك، بخلاف المتعهد عنه فإنه إذا لم يقر عملية التعهد هذه فإن المتعهد يكون مسئولا أمام المتعهد له وينتج عن هذه المسئولية قيام المتعهد بتعويض من تعاقد معه أو تنفيذ التعهد بنفسه.

٧- وأخيرا يلاحظ أن اقرار رب العمل لتصرف الفضولي تنطبق عليه قواعد الوكالة، والتي تقضى بأنه إذا أقر الموكل تصرف الوكيل لم يجز له الرجوع فى هذا الاقرار[1] ويكون للاقرار أثر رجعى، فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لامن يوم الاقرار، إذ أن الاقرار اللاحق يكون فى حكم التوكيل السابق هذا بخلاف التعهد عن الغير، فإنه إذ قبل الغير مالتزم به المتعهد، فإنه يلزم بتعاقده[2] بناء على قبوله، ومن وقت هذا القبول، فى الأصل، إلا إذا تبين أنه

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٧/١٢/٢٨ (مجموعة الاحكام س ١٨ رقم ٢٩٢ ص ١٩٣٢)، نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/١٤ (مجموعة الاحكام س ٢٨ رقم ٣٠٧ ص ١٧٩٨).

قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول] إلى وقت صدور التعهد[1].

الفرع الثانى: التعهد عن الغير والكفالة.

يمكن التمييز بين الكفالة والتعهد عن الغير إذا ما عرفنا حقيقة الكفالة وبيان مضمونها وأهم خصائصها حتى نستطيع أن نفرق بينها وبين فكرة التعهد عن الغير. ويمكن توضيح ذلك فيما يلى:

أولا: تعريف الكفالة:

نصت المادة ٧٧٢ من التقنين المدنى على أن «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه»[2].

هذا وقد اختار الفقه الاسلامى تعريف الكفالة بأنها «ضم ذمة إلى ذمة» ويقصد بذلك ضم ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عين، وهى بهذا المعنى الكفالة بالمال، أى بأداء مال. كما يعرف الفقه الاسلامى الكفالة بالنفس، وهى الكفالة بشخص أحد والمضمون فى الكفالة بالنفس هو احضار المكفول، فإن اشترط فى الكفالة تسليمه فى وقت معين، يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له فى الوقت المعين إن طلبه[3].

ويلاحظ أن تعريفات القوانين العربية تكاد تتفق مع تعريف الكفالة فى الفقه الاسلامى على النحو السابق. حيث عرف القانون العراقى الكفالة بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام. كما عرفها القانون الكويتى بأنها عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين فى تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده

---

(١) م ٢/١٥٣ مدنى.

(٢) يقابل هذه المادة: م ٧٣٨، ٧٨١ ليبى، ١٠٠٨ عراقى، ١٠٥٣ لبنانى، ٧٤٥ كويتى، ٩٥٠ أردنى.

(٣) انظر م ٨٣٩، ٨٤٨ من مرشد الحيران، والمواد ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٨، ٦٤٢ من مجلة الاحكام العدلية.

المدين[1] وهذه التعريفات وغيرها مأخذوة من الفقه الاسلامى، وتتفق فى مجموعها مع تعريف التقنين المدنى المصرى السابق الاشارة إليه[2].

ومن هذا يتضح أن الكفالة عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل وبين الدائن، يتعهد فيه الكفيل بأن يفى للدائن بالالتزام الذى له فى ذمة مدينه، إذا لم يقم هذا المدين بالوفاء به، فالكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن، وتتم الكفالة بينهما بمجرد اتفاقهما، دون حاجة إلى رضاء المدين، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علمه، كما تجوز رغم معارضته[3] ، إذ المدين ليس طرفا في عقد الكفالة.

والذى يهم في الكفالة هو التزام المدين الأصلى، إذ أن هذا الالتزام هو الذى يضمنه الكفيل فيجب أن يكون مذكورا فى وضوح ودقة فى عقد الكفالة، سواء كان هذا الالتزام عبارة عن دفع مبلغ من النقود، أو كان عملا أو امتناعا عن عمل. وهذا مايسمى بالالتزام الأصلى.

وبجانب هذا الالتزام يوجد التزام آخر تابع له هو التزام الكفيل قبل الدائن بالوفاء بما التزم به المدين الأصلى، إذا لم يقم هذا الأخير بهذا الوفاء، وهذا مايسمى بالالتزام التبعى.

وهذا الالتزام الأخير هو الذى جعل من الكفالة التزاما شخصيا فى ذمة الكفيل، هذا الالتزام الشخصى عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد[4].

ثانيا: خصائص الكفالة:

مما سبق يتضح لنا أن الكفالة تتميز بالخصائص الآتية:

١- الكفالة عقد من عقود الضمان.

ذلك لأنها تخول للدائن حق الضمان العام، ليس فقط على أموال مدينه، بل

(١) تعتبر الكفالة بهذا التعريف قريبة الشبه جدا بالتعهد عن الغير.

(٢) د. السنهورى، الوسيط، ج ١٠ ط ١٩٩٤ الثانية، ص ٢٤ هامش (٢).

(٣) م ٧٧٥ مدنى، وانظر كذلك: د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٢٢٥ د. توفيق فرج، التأمينات الشخصية والعينية، ط ١٩٨٤، ص ٨.

(٤) د. السنهورى ، المرجع السابق، ص ٢٥ هامش (٣).

وأيضا على أموال الكفيل، إذ يلتزم الكفيل التزاما شخصيا قبل الدائن، باعتباره ضم ذمة إلى ذمة كما ذهب الى ذلك تعريف الفقهاء المسلمين لها، وبهذا يكون للدائن ضمان أوسع نطاقا، فبدلا من وجود مدين واحد، يصير للدائن مدينان، بذمتين ماليتين تضمنان الوفاء بدينه.

٢- الكفالة عقد رضائي.

حيث تنعقد بتراضي الطرفين - الدائن والكفيل - ويكفى التراضي لانعقادها دون استلزام شكل خاص. ومانص عليه القانون المدنى بأنه لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة[1] فإن الكتابة هنا للاثبات لا للانعقاد، فيمكن أن تنعقد الكفالة بدون كتابة، غاية الأمر أنه لايجوز اثباتها، إذا ماأثيرت مسألة اثباتها، إلا بالكتابة، فالشكلية هنا للاثبات لا للانعقاد، ولذا فإن نص القانون هو «لاتثبت» وليس «لاتنعقد». مما يدل على رضائية عقد الكفالة.

٣- عقد الكفالة ملزم لجانب واحد.

ذلك لأن الكفيل وحده هو الذى يلتزم قبل الدائن بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلى، أما الدائن فلايلتزم بشىء نحو الكفيل، وهذا هو الأصل، ولكن ذلك لايمنع من أن تكون الكفالة عقدا ملزما للجانبين، وذلك إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل فى نظير كفالته للمدين ، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزما نحو الآخر[2].

٤- الكفاية عقد تابع.

ذلك لأنها تقوم ضمانا بحق الدائن قبل مدينه، فإذا قام التزام المدين - وهو

---

(١) م ٧٧٣ مدنى ويقابلها نص المادة ٧٤٦ من التقنين المدنى الكويتى والتى تنص على أن «الكفالة لاتفترض، ويجب أن يكون رضاء الكفيل صريحا»، وكذا المادة ٩٥١ أردنى والتى تقضى بأنه «يكفى فى انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل، مالم يردها المكفول له».

(٢) يرى الدكتور/ سليمان مرقس أن الكفالة اصبحت فى التقنين المدنى الجديد عقدا ملزما للجانبين فى كل الأحوال حيث يفرض القانون على الدائن اتخاذ اجراءات معينة لمطالبة المدين بالدين فى الوقت المناسب (انظر هذا الرأى والرد عليه: د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٣١ هامش (٢)).

الالتزام الأصلى - قامت الكفالة تبعا له لكى تضمن الوفاء به، أما إذا لم يقم الالتزام الاصلى، فلاتقوم الكفالة، وإذا قام الالتزام الأصلى ثم انقضى، انقضت الكفالة تبعا له، فالتزام الكفيل يعتبر حتما تابعا لالتزام المدين الأصلى[١].

من هذا العرض السريع تتضح التفرقة بين الكفالة والتعهد عن الغير، حيث يوجد بينها اتفاق من جانب واختلاف من جانب آخر ويمكن توضيح ذلك فيما يلى:

أولا: أوجه الاتفاق.

تتفق الكفالة مع التعهد عن الغير فيما يلى:

١- عمل الكفيل يشبه عمل التعهد، فكلاهما يلتزم بشيء ، الكفيل بضمان الالتزام المكفول، والمتعهد بضمان قبول المتعهد عنه.

٢- قد يتحول التعهد عن الغير إلى كفالة إذا ماضمن المتعهد تنفيذ المتعهد عنه لالتزامه فى حالة قبوله، وفى هذه الحالة تصبح الكفالة والتعهد عن الغير شيئا واحدا.

٣- تعتبر الكفالة فى حد ذاتها تعهدا عن الغير بنص القانون المدنى عندما عرف الكفالة بأنها عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام..[٢] غاية الأمر أنه تعهد بتنفيذ وليس تعهد بقبول، كما فى التعهد غير الغير.

٤- لايلتزم الكفيل قبل الدائن الا إذا لم يف المدين بالتزامه نحوه، كما لايلتزم المتعهد قبل المتعهد له إلا إذا لم يقبل الغير التعهد، وهذا مما يقوى الشبه بين الكفالة والتعهد عن الغير. ومع ذلك كله يبقى الخلاف بينهما قائما، ولذا يمكن التمييز بينهما وهذا ما اتناوله فى النقطة التالية:

ثانيا: أوجه الاختلاف.

يمكن اجمال الخلاف بين الكفالة والتعهد عن الغير فى النقاط الآتية.

١- عقد التعهد عن الغير لايعتبر عقد كفالة، إذ أن المتعهد عن الغير لايكفل هذا

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق ، ص ٩.

(٢) م ٧٧٢ مدنى.

الغير، وإنما يلتزم فقط التزاما أصليا بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم، فإذا ماوافق الغير على أن يلتزم، فقد قام المتعهد بالتزامه، ولايكفل بعد ذلك يسار الغير ولذا لايعد كفيلا له. وذلك بخلاف عقد الكفالة الذى يلتزم فيه الكفيل تبعيا بالوفاء بما التزم به المدين الأصلى إذا لم يقم - هذا الأخير - بالوفاء، ومن ثم يضمن اعساره، ولذ يعد كفيلا له.

٢- التزام المتعهد لايقوم مع التزام الغير جنبا إلى جنب، حيث تبرأ ذمة المتعهد بمجرد قبول الغير للتعهد، أما الكفالة فإن التزام الكفيل التزام تابع يقوم إلى جانب التزام المدين الأصلى.

٣- إذا لم يقم المدين الأصلى بتنفيذ التزامه قبل الدائن، فإن الكفيل يلتزم بأن يقوم بأداء ما التزم به المدين عينه، حيث يضمن اعسار المدين، بخلاف المتعهد عن الغير، فإنه إذا لم يقبل الغير التعهد، فإن المتعهد لايسأل عن الإلتزام نفسه، بل يلتزم بالتعويض، ويجوز له أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به.

٤- وأخيرا فإنه - حتى - فى الحالة التى يقترب فيها التعهد عن الغير بالكفالة، وذلك إذا ماضمن المتعهد تنفيذ التزام المتعهد عنه في حالة قبوله، فإن التمييز بينهما ممكن ذلك لأن المتعهد يمر بمرحلتين مختلفتين: الأولى: قبول الغير للتعهد، الثانية: تنفيذ الغير لما قبله، فالمتعهد عن الغير يكون متعهدا فى المرحلة الأولى، ويكون كفيلا فى المرحلة الثانية، وبينمهما من الخلاف كثير.

الفرع الثالث: التعهد عن الغير والوكالة.

تعتبر الوكالة احدى أنواع النيابة فى التعاقد فى القانون الوضعى، واحدى نوعى النيابة فى الفقه الاسلامى، فالنيابة فى القانون الوضعى تنقسم بحسب مصدرها إلى نيابة اتفاقية كنيابة الوكيل عن الموكل، قضائية كنيابة الوصى عن القاصر والقيم عن المحجور عليه، ونيابة قانونية كنيابة الولى والدائن الذى يستعمل حقوق مدينه[1].

---

(١) د. العطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ١٠١، د. السنهورى، مصادر الحق، ج٥، ص ١٦٦.

أما الفقه الاسلامي فإنه يستعمل لفظ النيابة ويقصد بها إما الولاية، وإما الوكالة، والولاية تقابل فى القانون الوضعى النيابة القانونية والقضائية - كما تقابل الوكالة فى هذا القانون النيابة الاتفاقية، ويقصد بالنيابة عموما سواء وكالة أو ولاية: صلاحية الشخص لنفاذ تصرفه على غيره[1].

معنى ذلك أن الوكالة ماهى إلا نوع من النيابة سواء فى الفقه الاسلامي أو فى القانون الوضعى، ومن هنا كان أختلاطها بفكرة التعهد عن الغير، باعتبار أن المتعهد عن الغير يشبه عمله عمل الوكيل فى تعاقده لحساب الغير، مما يوحى بوجود شبه كبير بينهما، ولذا فإنه ينبغى أن نميز بينهما، ويكون ذلك بتعريف الوكالة وشروطها. ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

أولا: تعريف الوكالة.

عرف القانون المدنى الوكالة بأنها «عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل»[2].

وعرفها الفقه الاسلامي بانها: إقامة الشخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم قابل للنيابة، وهذا هو تعريف الحنفية[3].

وعرفها جمهور الفقهاء بأنها تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فى حياته[4]. ومعنى ذلك أن كل مايملكه الشخص بنفسه يكون قابلا للإنابة

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك: د. وهبة الدخيلى، الفقه الاسلامى وأدلته، دار الفكر، ج٤، ص ١٣٩ ومابعدها.

(٢) م ٦٩٩ مدنى، ويقابلها، م ٦٦٥ سورى، ٦٩٩ ليبى، ٩٢٧ عراقى، ٧٦٩ لبنانى، ٦٩٨ كويتى، ٨٣٣ أردنى، وانظر تاريخ النص والتعليق عليه، مجموعة الاعمال التحضيرية، ج٥، ص ١٨٧ ومابعدها.

(٣) انظر: شرح فتح القدير على الهداية للكمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام، ج٦، ص ١٠١، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الذيلعى، ج٤ ص ٢٥٤، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين ابى بكر بن مسعود الكسائى، ج٦، ص ١٩، وانظر المادة رقم ٩١٥ ومابعدها من مرشد الحيران.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير، ج ٣ ص ٣٧٧، مغنى المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الشربينى الخطيب، ج ٢ ص ٢١٧، وانظر المادة رقم ١٤٤٩ من مجلة الاحكام العدلية.

فيه، فالضابط فيما تجوز فيه الوكالة من التصرفات هو كل تصرف جاز للشخص مباشرته بنفسه ولو من حيث المبدأ جاز له أن يوكل فيه غيره[1].

ومن جملة هذه التعريفات فى الفقه القانونى و الاسلامى يتضح أن للوكالة عدة خصائص نجملها فيما يلى[2]

١- الوكالة فى الأصل من عقود التراضى، حيث لم يشترط لها القانون شكلا معينا، وخاصة إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة تصرف رضائى، ومع ذلك تكون الوكالة من العقود الشكلية اذا ما كان محلها تصرفا شكليا، كالوكالة فى الهبة او بيع العقار، وغير ذلك من التصرفات الشكلية.

٢- يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل، وهذا مايميز الوكالة عن غيرها من العقود كعقد العمل والمقاولة فإن محلها دائما الاعمال المادية لا القانونية، ولذا قضى بأن الوكالة لاتكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل[3].

٣- تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصى، فشخصية كل من الوكيل والموكل لها اعتبارها لدى أطراف الوكالة، ولذا تنتهى الوكالة بموت أحدهما (الوكيل أو الموكل).

٤- تعتبر الوكالة من العقود الملزمة للجانبين حتى ولو كانت بغير أجر، إذ يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عن كل ما انفقه فى سبيل انجاز الوكالة ودفع مصروفاتها، فإن لم ينفق الوكيل شيئاً فى أعمال الوكالة، كانت ملزمة لجانب الوكيل فقط دون الموكل.

---

(١) د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ص ١٥١، ويلاحظ أن هناك استثناء من هذا الضابط، حيث استثنى الشرع تلك العقود والتصرفات التى اشترط أن يتولاها بنفسه ذوى الشأن، كاستيفاء القصاص من الجانى، حيث جعل لوليه سلطانا فيه دون سواه فلايقبل التوكيل فيه، ومثل الشهادة واليمين وغيرهما مما لايقبله الشرع إلا من الشخص نفسه.

(٢) بتصرف د. السنهورى، الوسيط ج ١١٧ ص ٤٦٥ ومابعدها.

(٣) نقض مدنى فى ١٩٦٩/٧/١٩ (مجموعة الاحكام س ٢٠ رقم ١٥٨ ص ١٠٠٢).

٥- تعتبر الوكالة من العقود غير اللازمة، فيجوز - كقاعدة عامة - أن يعزل الموكل الوكيل، كما يجوز أن يتنحى الوكيل عن الوكالة، وذلك قبل اتمام التصرف القانونى محل العقد، أو قبل البدء فيه.

ثانيا: شروط الوكالة:

أ- فى الفقه القانونى: يشترط فى النيابة عموما - ومنها الوكالة الشروط الاتية:

١- أن يبرم النائب - الوكيل - التعاقد باعتباره نائبا لا أصيلا - موكلا-. وذلك حتى ينصرف أثار التصرف إلى الأصيل لا النائب، وليس من الضرورى أن يذكر النائب اسم الأصيل، ولا أن يعلم المتعاقد الآخر اسم الأصيل، لكن يجب أن يعلم بأنه يتعاقد مع نائب لا أصيل[1]. وأرى أن ذكر اسم الأصيل هنا ضرورى.

٢- أن تحل إرادة النائب محل ارادة الأصيل، فيتصرف بإرادته هو شخصيا وباعتباره نائبا لا بإرادة الأصيل، بحيث تكون ارادة النائب هى التى تتجه إلى احداث الأثر القانونى المترتب على التصرف، ومع ذلك فإنه يكفى فيه أن يكون مميزا لأن التعبير عن الارادة يكفى فيه التمييز، مالم يشترط القانون بنص خاص غير ذلك[2].

٣- أن يتم التعاقد فى حدود النيابة ، وحدود النيابة فى الوكالة يحددها الاتفاق بين الوكيل والموكل، فإذا جاوز النائب - الوكيل - حدود نيابتة فلاينفذ تصرفه فى حق الأصيل مالم يجزه، بشرط أن يكون الأصيل - الموكل - أهلا لاجازة هذا التصرف وقت الاجازة[3].

---

(١) د. العطار، المرجع السابق، ص ١٠٢ ومابعدها، انظر د. السنهورى حيث يرى سيادته أنه يجب أن يتعامل النائب باسم الأصيل ولحسابه، كما يجب أن يعلم الغير الذى يتعاقد مع النائب اسم الأصيل، فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل، ولكن الغير يتعامل معه فى شخصه هو، فإن النيابة لاتقوم، والعقد لايتم ٠د. السنهورى، الوسيط ج١، ص ٢٥٣) وهذا ما رجحته كما فى المتن.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢٢ ومابعدها، ويرى د. اسماعيل غانم أن الوكيل يصح أن يكون غير مميز، لأنه مجرد ناقل لارادة الأصيل، وهذا فى حالة الرسول فقط، (د. اسماعيل غانم، نظرية الالتزام، ج١، ص ١٥٧).

(٣) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

ب- فى الفقه الاسلامى:

اشترط الفقهاء لصحة الوكالة شروطا فى الموكل وشروطا فى الوكيل وشروطا فى محل الوكالة.

فبالنسبة لشروط الموكل: فيشترط أن يكون الموكل ذا أهلية للتصرف الذى يبرمه وكيله نيابة عنه، بل يشترط استمرار تلك الأهلية أيضا إلى حين انتهاء العقد وإلا بطلت ولاية التوكيل[1].

وبالنسبة لشروط الوكيل: فلم يشترط الحنفية فيه إلا صلاحية عبارته لأن تنعقد بها التصرفات، فيكفى فيه أن يكون مميزا[2] فى حين اشترط جمهور الفقهاء فيه أن يكون اهلا لابرام التصرف الذى وكل فيه، وألا يكون ممنوعا عنه شرعا[3] على أن يعقد الوكيل العقود - التصرفات - بعبارته هو لابعبارة الموكل، ومن ثم فإنه ينظر إلى ارادته هو لا إرادة الموكل بالنسبة لعيوب الرضا[4].

أما بالنسبة إلى محل الوكالة: فيشترط فيه أن يكون معلوما للوكيل، وأن يكون مباحا شرعا، وأن يكون مما يقبل النيابة[5].

من هذا العرض السريع لتعريف الوكالة وبيان شروطها في الفقه الاسلامى والقانون المدني يتضح أن هناك فارقا بينها وبين التعهد عن الغير يمكن توضيحه فيما يلى:

يمكن القول بأنه على الرغم من تشابه عمل الوكيل مع عمل المتعهد، حيث أن كلا منهما يريد الزام الغير بتصرف من جانبه، الوكيل يلزم الموكل، والمتعهد يريد الزام

---

(١) الذيلعى ج٤ ص ٢٥٦، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٩، الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص ٣٧٩، البدائع ج ٦ ص ٢٠تكملة فتح القدير ج٦ ص ١٢.

(٢) المبسوط للسرخسى ج ١٩ ص ١٥٨، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ ، رد المحتار لابن عابدين ج ٤، ص ٤١٧.

(٣) بداية المجتهد ج ٢، ص ٢٩٧.

(٤) تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٧ ، بدائع الصنائع ج ٦، ص ٣٣، مغنى المحتاج ج٢ ص ٤.

(٥) راجع فى شرح ذلك: د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ص ١٥٤.

المتعهد عنه.يضاف إلى ذلك أن محل كل من الوكالة والتعهد عن الغير لايكون إلا تصرفا قانونيا على نحو مابينا سابقا[1]. إلا أن الفارق بينهما لايزال قائما من عدة وجوه. فمن ناحية نجد أن المتعهد يتعاقد باسمه لاباسم الغير، فى حين نجد أن الوكيل يتعاقد باسم الغير - الأصيل أو الموكل - لا باسمه هو، حتى فى نظر القائلين بأنه لايجب أن يعلم المتعاقد معه باسم الأصيل، نجد أنه يجب أن يعلن أمام المتعاقد معه أنه نائب لا أصيل وإن لم يفصح عن اسم الأصيل - كما ذكرت آنفا - ومن ناحية ثانية نجد أن كل تصرفات الوكيل ينصرف آثارها إلى الأصيل - الموكل - طالما تحققت شروط الوكالة - السابق ذكرها - وبالتالى فإن الوكيل يلزم الموكل مباشرة، فى حين نجد أن المتعهد وإن أراد إلزام الغير بغير ما التزم إلا أنه لايلزمه إلا إذا قبل تصرفه هذا، ومن وقت هذا القبول، مالم يتضح أنه أراد أن ينصرف أثر هذا القبول إلى وقت التعهد على نحو ماسنرى فى حينه ان شاء الله تعالى. ويلاحظ أخيرا أن التعهد يعتبر إيجابا معروضا على الغير، والغير حر فى قبوله أو رفضه، فى حين نجد أن الوكالة تلزم الموكل دون حاجة إلى قبول - طالما لم يتجاوز الوكيل حدود وكالته - وحتى فى هذه الحالة فإن الوكالة تلزم الموكل اذا أقرها، ويكون للاقرار أثر رجعى[2]، فإن لم يقرها، اقتربت الوكالة كثيرا من التعهد عن الغير، ومع ذلك ما تزال تختلف عنه، حيث أن الوكيل الذى يتجاوز حدود وكالته قام بالتصرف فعلا، سواء عاد أثره عليه هو - لتجاوزه حدود وكالته - أو عاد أثر هذا التصرف إلى الموكل - إذا أقره - وذلك كله بخلاف التعهد فإنه مجرد تعهد فقط، أما التصرف الناتج عنه فلايتم إلا منذ لحظة قبوله من المتعهد عنه - الغير - وبهذا يتضح الفارق الدقيق بين كل من الوكالة والتعهد عن الغير ، سواء اقتربا أو تباعدا.

الفراع الرابع: التعهد عن الغير والوعد بالتعاقد.

يعتبر المتعهد عن الغير واعدا المتعهد له بقبول الغير لهذا التعهد، مما يوحى بأن التعهد عن الغير ماهو إلا وعد بابرام التصرف الموعود به، وبالتالى يقترب التعهد عن

(١) راجع: الفرق بين الفضالة والتعهد عن الغير.

(٢) د. السنهورى، الوسيط ج ١ ص ٢٤٩.

الغير من الوعد بالتعاقد اقترابا كثيرا، مما يستوجب ضرورة التفرقة بينهما حتى لاتختلط أحكام كل منهما بالآخر ولايتم ذلك إلا ببيان المقصود بالوعد بالتعاقد وشروطه، وذلك على النحو التالي:

أولا: المقصود بالوعد بالتعاقد.

الوعد بالتعاقد هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول ابرام عقد آخر في المستقبل مع شخص يسمى الموعود له إذا ما أظهر الموعود له إرادته فى التعاقد خلال المدة المعينة[1].

وفى الفقه الاسلامى هو عبارة عن إخبار الشخص عن انشاء المخبر معروفا فى المستقبل، أو هو مايفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة إلى المستقبل لاعلى سبيل الالتزام فى الحال[2].

والوعد بالعقد على هذا النحو ملزم، وقد يكون ملزماً لجانب واحد أى ملزماً للواعد، وقد يكون ملزماً للجانبين وعندئذ يسمى اتفاقا أو عقداً ابتدائياً[3]

مثال ذلك: أن يعد شخص آخر ببيع شيء له بثمن معين إذا قبل الآخر شراء ذلك الشيء خلال مدة معينة، فيقبل الموعود له الوعد، فينعقد بين الإثنين عقد وعد بالبيع، لا بيع بات لأن الموعود له لم يقبل الشراء وإنما قبل الوعد فقط. وتبدو الحاجة إلى هذا النوع كثيراً فى العمل.

وعلى ذلك فالوعد بالبيع هو فى ذاته عقد، لأنه يقوم على إيجاب وقبول، فهو عقد يراد به إتاحة الفرصة لإبرام العقد النهائى، وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة «عقد ماقبل العقد avant contrat»[4].

---

(١) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) الشيخ عليش: تحرير الكلام من مسائل الالتزام، ج١ ص ٢٥٤ من فتاوى الشيخ عليش ، د. بدران ابو العينين، الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقد، ص ٣٦٧، د. السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، ج١ ص٤٥. وقد عرفته المادة رقم ٢٥٤ من القانون المدنى الاردنى بأنه «مايفرضه الشخص على نفسه لغيره، بالاضافة إلى المستقبل لاعلى سبيل الالتزام فى الحال، وقد يقع على عقد أو عمل ويلزم الوعد صاحبه».

(٣) د. العطار ، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق ص ١٧٢.

ثانياً: شروط الوعد بالتعاقد.

حتى يعتبر الوعد بالتعاقد ملزماً فى فقه القانون، يشترط لانعقاده وصحته الآتى:

١- تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه[١]. فلو كان العقد بيعاً مثلاً، وجب الإتفاق على المبيع والثمن، وإذا كان إيجاراً وجب الإتفاق على المنفعة المؤجرة والأجرة... وهكذا.

وعموماً فإن المقصود بالمسائل الجوهرية- المطلوب الإتفاق عليها - أركان هذا العقد وشروطه الأساسية، والتى ما كان العقد يتم بدونها[٢].

٢- تعيين المدة التى يتعين إبرام العقد الموعود به فيها، والتى يتعين على الموعود له أن يظهر خلالها إرادته فى إبرام العقد الموعود به (م١٠١/١ مدنى)، وهذا التعيين قد يكون صريحاً كأسبوع أو شهر أو سنة، وقد يكون ضمنياً يستخلص بوضوح من أطراف التعاقد وظروف العقد، فإذا لم تعين المدة - صراحة أو ضمناً - فإن الوعد يقع باطلاً[٣].

٣- إذا اعتبر العقد الموعود بإبرامه عقداً شكلياً، فيجب أن يتم الوعد فى نفس الشكل[٤]. فالوعد بالرهن الرسمى يجب أن يكون رسمياً كالرهن الرسمى. فإذا تخلف الشكل فى الوعد بالعقد الشكلى لا يكون الوعد بالعقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل يكون صحيحاً ومنشئا لالتزام شخصى بإنشاء حق الرهن[٥].

---

(١) م ١٠١/١ مدنى حيث تنص على أن «الأتفاق الذى يعد بموجبة كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التى يجب إبرامه فيها» ويقابلها: م ١٠١ ليبى، ١٠٢ سورى، ٩١ عراقى، ٨٦ سودانى، ١١٥ كويتى.

(٢) نقض مدنى فى ٢١ أبريل ١٩٧٣ (مجموعة النقض المدنى س ٢٤ رقم ١١٥ ص ٦٤٩).

(٣) د. لبيب شنب، المرجع السابق ص ١٣٦، قارن د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٤١ رقم ١٠٧٧ نظر نقض مدنى فى ٣٠ مارس ١٩٧٧ (مجموعة النقض المدنى س ٢٨ رقم ١٥١ ص ٨٦٥)

(٤)م ١٠١/٢ مدنى حيث تقض على أنه«إذا أشترط القانون لتمام العقد أستيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الأتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» وهذا الحكم معمول به فى لبنان أيضاً بدون نص (د. العطار، المرجع السابق، ص ٨٣ هامش(١).

(٥) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٧. قارن عكس ذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ١٨١ ومابعدها.

٤- أن يكون الواعد وقت الوعد أهلاً لأبرام العقد الموعود به، وأن تكون إرادته سليمة من العيوب فى ذلك الوقت، أما الموعود له فيشترط فيه ذلك وقت أظهار رغبته فى إبرام العقد الموعود به[١].

هذا كله بالإضافة إلى ضرورة توافر شروط الإنعقاد والصحة اللازمة فى كل عقد بصفة عامة، وهى تتعلق بالرضا والمحل والسبب، وسلامة الإرادة من العيوب وتوافر الأهلية.

فإذا توافرت هذه الشروط فى الوعد بالعقد ترتبت جملة من الآثار أهمها إلزام الواعد بالبقاء على وعده طيلة المدة المحددة سلفا لهذا الوعد، فإذا أبدى الموعود له رغبته فى العقد الموعود به إنعقد العقد دون حاجة إلى أن يعلن الواعد رضاءه التام منذ البداية عندما وعد بالتعاقد، وإلزام الواعد بما وعد به والبقاء على ايجابه طوال فترة الوعد الزام مؤكد، فلايجوز له أن يرجع عن وعده قبل انتهاء هذه المدة، وإذا مات الواعد فيها، بقى للموعود له خياره فى قيام العقد الموعود به ليباشره فى مواجهة ورثة الواعد، وكذا إذا مات الموعود له، مالم يتضح أن لشخصية الموعود له محل اعتبار لدى الواعد[٢].

هذا الأثر المترتب على الوعد بالتعاقد عند توافر شروطه - وهو الزام الواعد بما وعد به - لايقول به جمهور فقهاء المسلمين، فهو غير ملزم عندهم. غير أنه لاخلاف بين العلماء على أن الوفاء بالوعد مستحب، فلو تركه فاته الفضل وارتكب المكروه الشديد[٣]. وبهذا قال جمهور الفقهاء المسلمين، فهم يرون أن الوفاء بالوعد غير واجب ولايلزم الوفاء به قضاء، وإن كان يلزم الوفاء به ديانة لحديث «آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»[٤].

---

(١) د.العطار، المرجع السابق ، ص ٨٤.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ١٨٦ ومابعدها، د. السنهورى، المرجع السابق ص ٣٢٩ رقم ١٣٧.

(٣) فتاوى الشيخ عليش، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ ومابعدها.

(٤) رواه البخارى فى صحيحه، كتاب الايمان ج١ ص ٨٩، مسلم فى صحيحه، كتاب الايمان ج ١ ص ٧٨، وانظر فى تحقيق ذلك لدى جمهور الفقهاء: د. محمد شوكت، نظرية العقد، رسالة ، ص ٣ =

وذهب ابن شبرمة إلى أن الوعد كله لازم، ويجبر على الوفاء به قضاء، وهو أحد أقوال المالكية فى هذه المسألة[1].

والرأى عندهم هو ترجيح كلام ابن شبرمة وما وافقه من علماء المالكية، حيث أن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة تؤكده[2].

من هذا العرض لبيان المقصود بالوعد بالتعاقد وشروطه فى كل من الفقه الاسلامى والقانونى يتضح أن الفارق مازال موجودا بينه وبين التعهد عن الغير ويتضح ذلك فيمايلى:

أولاً: إذا كان الواعد يلتزم بما وعد به فى الفقه القانونى، والراجح فى الفقه الاسلامى، فإن المتعهد يلتزم أيضا بما تعهد به قبل المتعهد له، وهذا مايجعل التشابه الكبير بينهما قائما.

ثانياً: ومع ذلك يختلف هذا الالتزام فى كل من الوعد بالتعاقد والتعهد عن الغير، فالتزام الواعد محدد بمدة معينة، فى حين لم يرد فى نصوص القانون مايوحى ببقاء المتعهد على تعهده مدة معينة من الزمن وإن كانت قواعد القانون فى هذا الشأن لاتنافى ذلك، فيجوز الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له على وجود التعهد لمدة معينة، يجوز بعدها للمتعهد له أن يلزم المتعهد بالتعويض.

ثالثاً: إذا ابدى الموعود له رغبته فى ابرام العقد الموعود به، انعقد العقد صحيحا دون حاجة إلى إجراء جديد من جانب الواعد، بخلاف التعهد عن الغير، فإنه فى حالة قبوله من جانب الغير - المتعهد عنه - لايقوم العقد بين الأخير والمتعهد له إلا بإيجاب وقبول جديدين.

=ومابعدها، السراج الوهاج للشيخ محمد الزهرى الغمراوى على متن المنهاج للنووى، ص ٢٤٣، وروى الاسناد إلى جمهور الفقهاء العينى على البخارى، المرجع السابق، كتاب الايمان.

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى، ج ٨ ص ٢٨ رقم ١١٢٥، اعلام الموقعين لابن قيمة الجوزية ج٣ ص ٤٠٢، الفروق للعلامة القرافى، ج٤ ص ٤٧ بالهامش (تهذيب الفروق).

(٢) قال تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالاتفعلون. كبر مقتا عند الله أن تقولو مالا تفعلون﴾ (الصف ٢، ٣)، وقال : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾ (الاسراء ٣٤)، وقال: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ (النحل ٩١) وحديث النفاق السابق ذكره والاشارة إليه.

رابعاً: فى حالة رفض الموعود له للعقد الموعود به لايلتزم الواعد ولا الموعود له بشىء، كل ماهناك أنه صدر ايجاب لم يرتبط به قبول. بخلاف التعهد عن الغير، فإذا لم يقبله هذا الغير التزم المتعهد بتعويض المتعاقد معه، وقد يصل هذا التعويض إلى أن يقوم المتعهد بتنفسه بتنفيذ ماتعهد به. فى حين لايلتزم الغير بشىء، شأنه فى ذلك شأن الموعود له إذا لم يبد رغبة فى العقد الموعود به، ومع ذلك يظل الخلاف بينهما قائما، حيث أن الموعود له طرفا فى عقد الوعد بخلاف الغير فانه ليس طرفا فى عقد التعهد عن الغير.

خامساً: اذا ابدى الموعود له رغبته فى ابرام العقد الموعود به ثم نكل الواعد، فإنه يلزم بالتعويض، دون أن يلزم بإبرام العقد النهائى، بخلاف المتعهد عن الغير فإنه إذا لم يقبل هذا الغير التعهد، فإن المتعهد يلزم بابرام العقد المتعهد به، والتعويض إن كان له مقتضى، وقد يكون خير تعويض هو تنفيذ العقد المتعهد به تنفيذا عينيا.

سادساً: وأخيرا نجد أن الواعد بوعده يريد الزام نفسه، بخلاف المتعهد عن الغير فإنه يريد الزام غيره لانفسه، وبهذا يفترق الوعد بالتعاقد عن التعهد عن الغير.

الفرع الخامس: التعهد عن الغير وبيع ملك الغير.

بيع ملك الغير إما أن يكون بنيابة من المالك أو بغير نيابة منه، فإن كان بنيابة من المالك فإن أحكام النيابة هى التى تطبق، سواء كانت وكالة أو ولاية أو وصاية، وبالتالى ليس هذا مجال الحديث، حيث سبق وأن تكلمنا عن أحكام النيابة وأخذنا الوكالة مثالا لها - كما سبق - أما بيع ملك الغير بغير نيابة منه فقد نظمه القانون المدنى فى حالة ما إذا كان المبيع معينا بالذات، ولايملكه البائع، وبعبارة أدق لايملكه البائع ولا المشترى[1] (م ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨ مدنى).

ويمكن من خلال توضيح شروط هذا البيع وآثاره أن نعقد المقارنة بينه وبين التعهد عن الغير، وذلك فيما يلى:

---

(١) د. خميس خضر، العقود الكبيرة، ط٢، ١٩٨٤، دار النهضة العربية، ص ٢٩٥.

أولاً: شروط بيع ملك الغير

يعتبر العقد بيعا لملك الغير بغير نيابة منه إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

١- أن يكون العقد بيعا. ويكون كذلك إذا كان القصد منه نقل ملكية حق مالى مقابل ثمن نقدى، فإذا لم يكن القصد كذلك بأن كان وعدا بالبيع، أو تعهدا عن الغير بأن يبيع ماله، لانكون أمام حالة بيع ملك الغير، وبالتالى لاتنطبق الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير حينئذ[١].

٢- أن يكون المبيع معينا بالذات. سواء كان منقولا أم عقارا، سجل العقد أو لم يسجل فإذا كان المبيع من الاشياء المعينة بنوعها فقط، فلايشترط أن يكون البائع مالكا لها وقت البيع، بل وقت الافراز.

٣- الا يكون المبيع مملوكا لا للبائع ولاللمشترى: فإذا كان المبيع مملوكا للبائع، ولو اعتقد خطأ أنه ليس مملوكا له وقت أن أقدم على بيعه، فلايمكن إعمال الاحكام الخاصة ببيع ملك الغير. وكذا لو كان المبيع مملوكا للمشترى وهو لايعلم، إذ المشترى فى هذه الحالة هو المالك الحقيقى للمبيع.

٤- أن يتم البيع بغير نيابة من المالك: كبيع الغاصب ماغصبه، وبيع المستأجر العين المؤجرة فى غفلة من المؤجر، وبيع الفضولى وهو الصورة الشائعة لهذا النوع فى الفقه الإسلامى فإذا تم البيع بنيابة أيا كان نوعها - قانونيه أو قضائيه أو اتفاقية - لم يكن بيعا لملك الغير.

فإذا توافرت هذه الشروط كنا أمام حالة بيع ملك الغير كما عرفها القانون المدنى، والفقه الاسلامى يعرف هذه الحالة ببيع الفضولى، ولها أحكامها الخاصة بها فى كل من الفقه القانونى والفقه الإسلامى على النحو التالى:

(١) المرجع السابق، د. العطار، شرح أحكام البيع، ١٩٨٤، ص ١٠٠، د. محمد عمران، الوجيز فى عقد البيع، ١٩٨٣، ص ١٠٩.

ثانيا: أحكام بيع ملك الغير.

أ- فى الفقة القانونى .

بيع ملك الغير فى الفقة القانونى يرتب الأحكام الآتية :

١- حق المشترى فى طلب الابطال. حيث يقع بيع ملك الغير قابلاً للابطال لمصلحة المشترى، ومعنى ذلك أن البيع بالنسبة لطرفيه صحيح ومنتج لآثاره إلى أن يقضى ببطلانه، وصاحب الحق فى طلب البطلان هنا هو المشترى، ولو كان سيء النية وقت التعاقد بأن كان يعلم أن المبيع مملوك للغير، كما يثبت له هذا الحق ولو كان البائع حسن النية بأن كان يجهل أنه يبيع ملك غيره، وله أيضا هذا الحق ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل (م ٤٦٦ مدنى). ويستفاد هذا الحق للمشترى فى حالة ما إذا كان سيء النية، أن القانون نص على أن المشترى لشيء غير مملوك للبائع يكون له طلب التعويض إذا كان حسن النية، ومعنى ذلك أنه يكون له الحق في طلب الابطال مطلقا سواء كان حسن النية أو سيء النية، حيث أن إبطال العقد لايلحق بالبائع ضررا كطلب التعويض، ولذا اشترط القانون لطلب المشترى تعويضا في هذه الحالة أن يكون حسن النية[١] .

٢- حق المشترى فى التعويض إذا حكم له بالابطال. فيجوز للمشترى أن يطالب بالتعويض فضلا عن الابطال بشرط أن يكون حسن النية وقت البيع، بأن كان لايعلم أن البائع لايملك الشيء المبيع، حتى ولو كان البائع حسن النية، بأن كان يجهل هذه الواقعة (م ٤٦٨ مدنى)، فاذا كان المشترى سيء النية وقت البيع، فليس له إلا أن يطالب بإبطال البيع دون حقه فى المطالبة بالتعويض - كما سبق.-

٣- سقوط حق المشترى في طلب الابطال. يسقط حق المشترى فى طلب الابطال فى الحالات الآتية:

أ- إقرار المالك الحقيقى للعقد. فإذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه، وانقلب صحيحا فى حق المشترى (م ١/٤٦٧ مدنى). لأن العقد - بيع

---

(١) د. خميس خضر، المرجع السابق ، ص ٢٩٧.

ملك الغير – لاينفذ فى حق المالك الحقيقى إلا إذا أقره، فإذا أقره نفذ العقد فى مواجهته، ولايستطيع المشترى بعد ذلك أن يتمسك بإبطال العقد، لأن المالك باقراره يصبح ملتزما بالتزامات البائع، ويزول المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية إلى المشترى.

ب- التقادم. يسقط حق المشترى فى طلب ابطال البيع كذلك بالتقادم، وهو فى هذه الحالة يكون بمضى ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأنه اشترى المبيع من غير مالكه، أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع أيهما أقصر[1].

جـ- ملكية البائع للمبيع بأى سبب. حيث يسقط حق المشترى فى طلب ابطال العقد اذا آلت الملكية إلى البائع بأى سبب من أسباب كسب الملكية (م ٢/٤٦٧ مدنى) إذ تنتفى فى هذه الحالة موانع طلب الابطال.

د- إجازة المشترى للبيع، فإذا أجاز المشترى البيع بعد علمه بأنه اشترى مالايملكه البائع فلايجوز له بعد ذلك طلب إبطال هذا البيع، لأن الابطال مقرر لمصلحته، وله أن يتنازل عن هذا الحق، وذلك بالاقرار له صراحة أو ضمنا.

ب- فى الفقه الاسلامى (إحالة)

اشترط الفقه الاسلامى أن يكون المبيع مملوكا للبائع، وبالتالى لاينفذ بيع الفضولى وهو أن يبيع مالايملك بغير ولاية أو وكالة، وذلك لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك الحقيقى عند الحنفية. واعتبر الشافعية الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر تصرفات الفضولي عندهم باطلة، وقد تكلمنا تفصيلا عن أحكام تصرف الفضولى عند تفرقتنا بين الفضالة والتعهد عن الغير، لذا نحيل فى تفصيل هذه الاحكام إليها[2].

---

(١) د. العطار، المرجع السابق، ص ١٠٤، د. محمد الفقى، العقود المدنية، ١٩٨٨، جـ١ البيع ص ٧٩.

(٢) راجع بالتفصيل: التعهد عن الغير والفضالة.

من هذا العرض يتضح أن بيع ملك الغير قد يلتبس بعملية التعهد عن الغير، حيث أن المتصرف فيه في كل، هو مال مملوك للغير، فضلا عن أن العملية فى كل منهما تصرف قانونى بما يجمعه هذا التصرف من أحكام متشابهة. ومع ذلك فإن الفرق بينهما يكون واضحا للاختلافات الآتية:

١- محل التزام البائع فى بيع ملك الغير هو نقل ملكية الشىء المبيع إلى المشترى، فى حين نجد أن محل التزام المتعهد فى التعهد عن الغير هو القيام بعمل، هو الحصول على موافقة هذا الغير على محل العقد المتعهد به.

٢- بيع ملك الغير يقع صحيحا بين طرفيه منتجا لاثاره إلا أنه لايجوز الاحتجاج به فى مواجهة المالك الحقيقى الا إذا أقره، فى حين نجد أن التعهد عن الغير لاينتج أية آثار بين طرفيه قبل أن يقبله الغير (المتعهد عنه).

٣- اذا أقر المالك الحقيقى العقد فى بيع ملك الغير سرى العقد فى حقه منذ لحظة اقراره، فليس للاقرار أثر رجعى، وبالتالى ينتقل الشىء المبيع إلى المشترى محملا بالحقوق التى حملها إياه المالك الحقيقى، وليس للمشترى فى هذه الحالة إلا أن يرجع على المالك الحقيقى بدعوى ضمان الاستحقاق الجزئى[1].

أما إذا اقبل الغير العقد المتعهد به فإنه يسرى في حقه منذ لحظة قبوله أيضا - كما فى إقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير - إلا أن نصوص القانون لاتمنع من أن يكون لقبول الغير فى عملية التعهد أثر رجعى منذ لحظة التعهد لا من لحظة القبول، فالقواعد هنا مكملة (م١٥٣/٢ مدنى).

٤- أخيرا نجد أن إقرار المالك الحقيقى لعقد بيع ملك الغير إنما ينصب على ذات العقد الذى ابرمه البائع - غير المالك - وبنفس شروطه، بخلاف قبول الغير لعملية التعهد، فإن هذا القبول يعد فى حد ذاته ايجابا يحتاج إلى قبول جديد من المتعهد له، ومن ثم ينعقد عقداً جديداً بين الغير والمتعهد له، هذا العقد قد يغير أو يعدل من شروط العقد الذى أبرمه المتعهد.

---

(١) د. السنهورى، ج٤، رقم ١٦٦.

هذا فضلاً عن الخلاف القائم بين التعهد عن الغير والفضالة التى يعرفها الفقه الاسلامى[1] باعتبار أن بيع ملك الغير فضالة، وذلك من وجهة نظر فقهاء المسلمين

الفرع السادس: التعهد عن الغير والالتزام المشروط.

قد يفهم أن التعهد عن الغير التزام معلق على شرط، هو قبول الغير لهذا التعهد، مما يخلط فى المفهوم بين التعهد عن الغير والالتزام المشروط.بالرغم من أن لكل منهما أحكامه الخاصة به، ولذا يجب عدم الخلط بينهما، ويمكن توضيح ذلك، وإزالة هذا اللبس، بعد أن نقف على حقيقة الالتزام المشروط وأنواعه وخصائصه، وذلك بشىء من الايجاز ليتضح لنا الفارق بينهما.

أولا: حقيقة الالتزام المشروط. يقصد بذلك الالتزام المعلق على شرط، والشرط كوصف فى الالتزام يقصد به الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع، الذى يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله[2]، والشرط بهذا المعنى أمر خارجى تضيفه الارادة إلى التزام استكمل عناصر تكوينه[2].

وبهذا المعنى الخاص للشرط ينبغى استبعاد سائر المعانى الأخرى التى يطلق عليها اسم الشرط تجاوزا، مثال ذلك: الشروط التى يتطلبها المشرع لترتيب أثر معين، كشرط الرسمية فى العقود الشكلية، وشرط التسجيل لانتقال الملكية، وكذلك مايتضمنه العقد من أحكام منظمة للعلاقة التعاقدية بين الطرفين كالشرط الجزائى وشرط المنع من التصرف، وعلى الجملة فإن الشرط الذى تعنيه هو ذلك الشرط الذى يكون من صنع الارادة، متسما بالعرضية[3].

---

(١) م ٢٦٥ مدنى ويقابلها: م٢٥٢ ليبى، ٢٦٥ سورى، ٢٨٥ عراقى، ٨١ لبنانى، ٢٣٦ كويتى، ١١٦ تونسى، ٢٣٤ سودانى.

(٢) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام ١٩٩٧، ص ١٩٧، د. أحمد سلامة، مذاكرات فى نظرية الالتزام، ك٢، احكام الالتزام، ص ١٣٦.

(٣) د. محمد رفعت الصباحى، د. عادل جبرى محمد، دروس فى النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام والاثبات، ١٩٨٩/٨٨، ص ١٠٣، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٣٦، ١٣٧د. اسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، ج٢ ١٩٦٧، فقرة ١٣٩ ص ٢٨٦.

والفقه الاسلامى يعرف الشرط بأنه: مايتوقف وجود الحكم على وجوده، وجودا شرعيا، بأن يوجد الحكم عنده لابه، ويكون خارجا عن الماهية، ويلزم من عدمه عدم الحكم(١).

فالشرط بهذا المعنى هو ماصدر ملعقا وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط، وهو بهذا يختلف عن الأجل، حيث أن الالتزام المشروط لاينعقد الا حين وجود الشرط، أما الأجل فالالتزام فيه منعقد فى الحال ولكن آثاره لاتسرى إلا فى المستقبل المتفق عليه، وبعض العقود هى التى تصلح لأن تعلق على شرط، فى حين لايصح تعليق البعض الآخر منها على شرط على نحو ماوضحه فقهاء الحنفية فى ذلك(٢).

ثانيا: أنواع الشرط : يقع الشرط فى الفقه القانونى على نوعين: واقف وفاسخ.

فالشرط الواقف: هو الذى يترتب على وقوعه وجود الالتزام، وقبل هذا الوقوع لايكون الالتزام موجودا، كمن وعد آخر بجائزة إذا نجح فى الامتحان، فإن التزامه بدفع الجائزه لايوجد قبل النجاح فإذا لم ينجح المشروط له، فإن الالتزام بدفع الجائزة يعتبر لم ينشأ أصلا.

أما الشرط الفاسخ: فهو الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام، فالالتزام قبل تحقق الشرط يكون موجودا ونافذا، فإذا تحقق الشرط فإن الالتزام يزول وينتهى، كمن يؤجر سيارته لآخر طالما ظل موجودا خارج البلاد، وذلك حتى ينهى مأموريته ويعود، فالالتزام قائم طيلة مدة بقائه خارج البلاد، فإذا عاد من مأموريته انفسخ الالتزام واسترد سيارته. هذا إذا كانت عبارة العقد واضحة على النحو السابق، فإن كانت غامضة ومن الصعب معرفة ما إذا كان المقصود هو تعليق الالتزام على شرط واقف أم فاسخ، فإنه يتعين على القاضى فى هذه الحالة تحديد طبيعة الشرط، وذلك بالرجوع إلى نية المتعاقدين، وظروف التعاقد، وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التى لاتخضع لرقابة محكمة النقض(٣).

(١) د. محمد سلام مدكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، ص ٢٨٤ ، د. حسن الشاذلى، نظرية الشرط فى الفقه الاسلامى - رسالة - ص ٤٩ ، حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٥، فتح القدير، ج٥ ص ٧٤.

(٢) راجع ذلك بالتفصيل: د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ص ٢٤٨ .

(٣) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٣٧ ، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٩٧ .

ويلاحظ أن الفقه الاسلامى لايعرف الشرط الفاسخ بالمعنى المعروف فى الفقه القانونى، فالشرط باعتبار مصدره عند فقهاء المسلمين - نوعان: شرط شرعى وهو ماكان مصدر اشتراطه الشارع، وبعبارة أخرى هو الذى يفرضه المشرع، ومن ثم فلابد منه لتحقق العقد، كبلوغ سن الرشد فى تسليم مال اليتيم إليه، وغير ذلك من الشروط التى اشترطها الشارع الحكيم فى جميع العقود والتصرفات. وشرط جعلى وهو ماكان مصدر اشتراطه المكلف أو العاقد، ليحقق له رغبة وقصدا خاصا فى العقد، فيجعل العقد مقترنا به أو معلقا عليه، والأصل فيما يشترطه المتعاقدان الاباحة لا الحظر. ويلاحظ أن هذا الشرط الأخير هو الذى يقابل الشرط الواقف فى الفقه القانونى[1].

ثالثا: خصائص الشرط. يمكن اجمالى خصائص الشرط فيما يلى:

١- الشرط أمر مستقبل. فلو كان أمر ماضيا أو حاضرا فإنه لايعتبر شرطا، ولو كان الطرفان يجهلان تحققه أو عدم تحققه، كأن يلتزم شخص فى مواجهة آخر بإعطائه مكافأة اذا نجح فى الامتحان ويكون بالفعل فى هذه الحالة قد ظهرت نتيجته وبان ناجحا. فالالتزام فى هذه الحالة يكون منجزا غير معلق على شرط.

٢- الشرط أمر غير محقق الوقوع. فإن كان محقق الوقوع فهو الأجل لا الشرط، وإن كان لم يتحدد تاريخه، وذلك كالوفاة، فإنها أجل لاشرط، ولكن يمكن أن تصبح شرطا إذا اتفق على وقوعه فى وقت معين، إذ يعد ذلك أمر غير محقق.

٣- الشرط أمر ممكن. بألا يكون مستحيلا (م٢٦٦/١ مدنى). فإن كان مستحيلا فإنه لايعتبر شرطا، والاستحالة المقصودة هنا هى الاستحالة المطلقة، أما الاستحالة النسبية فإنه يتحقق فيها قدر من الامكان، ومن ثم يصح أن تكون محلا للشرط.

٤- الشرط أمر مشروع. ويقصد بالمشروعية هنا ألا يكون الشرط مخالفاً للنظام العام والآداب (م٢٢٦/١ مدنى) فى حين يقصد بها فى الفقه الاسلامى

---

(١) انظر فى عرض ذلك: د. حسن الشاذلى، المرجع السابق، ص ٤٩-٥٧. د. عبد الحميد البعلى، ضوابط العقود، المرجع السابق، ص ٢٨٤ ومابعدها.

ألا تكون هناك مخالفة لنص شرعى أو حكم فقهى، فدائرة المشروعية فى الفقه القانونى يحكمها النظام العام والآداب، فى حين نجد أن دائرة المشروعية فى الفقه الإسلامى ترسمها فكرة الحلال والحرام.

٥- الشرط أمر محتمل بالا يكون متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين، على تفصيل فى ذلك بين الشرط الواقف والفاسخ فى هذا الشأن، والتمييز بين الشرط الاحتمال والارادى والمختلط[١]، وليس هذا مجال بحثه.

ويلاحظ أن هذه الخصائص تكاد تتفق مع خصائص الشرط التعليقى الذى قال به فقهاء المسلمين، حيث أن خصائصه عندهم أن يكون مستقبلا، وأن يكون محتمل الوقوع، وأن يكون زائدا عن أصل التصرف[٢] بالرغم من معرفة الفقه الاسلامى للشرط الواقف فقط.

من هذا العرض يتضح أن التمييز بين التعهد عن الغير والالتزام المشروط أمر ممكن ومهم لاشتراكهما فى بعض الأمور، واختلافهما فى البعض الآخر، ويمكن توضيح ذلك على النحو التالى.

أولا: أوجه الاتفاق:

يتفق التعهد عن الغير مع الالتزام المشروط فى أن كلا منهما أمر مستقبل، فالتعهد عن الغير - غالبا - مايتم بسبب غياب المتعهد عنه أو نقص أهليته، حتى يحضر أو يبلغ سن الرشد، ولذا فإن أمر المستقبل فيه يكون واضحا. كما أن كلا منهما أمر احتمالى، فالغير - المتعهد عنه - يحتمل موافقته على التعهد كما يحتمل عدم موافقته، فالاحتمال فى التعهد عن الغير قائم، شأنه فى ذلك شأن الالتزام المشروط. يضاف إلى ذلك أن قبول الغير للتعهد يكون بمثابة الشرط الواقف الذى تحقق، فيبدأ التزامه ناشىء فى التعهد عن الغير وكاشف فى الالتزام المشروط .

(١) د. سمير تناغو، احكام الالتزام والاثبات ١٩٨٩/٨٨، ص ٤٣٧، د. محمد رفعت الصباحى، المرجع السابق، ص ١٠٦ ومابعدها.

(٢) راجع فى خصائص الشرط التعليقى فى الفقه الاسلامى: د. حسن الشاذلى، المرجع السابق، ص ٥١ ومابعدها.

وأخيرا نجد أن التعهد عن الغير التزام استكمل عناصر تكوينه وأضافت إليه الارادة عملية التعهد، شأنه فى ذلك شأن الالتزام المشروط ،فهو أمر خارجى أضافته الارادة إلى التزام استكمل عناصر تكوينه أيضا. ومن شدة الشبه بين التعهد عن الغير والالتزام المشروط، نجد أن بعض التشريعات العربية قد اعتبرت التعهد عن الغير عقدا معلقا على شرط واقف، هو موافقة الغير. وذلك كالقانون المدنى التونسى (م٤٠، ٤١ تونسى) الذى اعتبر التعهد عن الغير عقدا معلقا على شرط موافقة الغير، فإذا صدق الغير عليه خلال أجل مناسب غايته خمس عشرة يوما من تاريخ اعلامه بالعقد، نفذ العقد الأصلي فى حقه بأثر رجعى منذ انعقاده، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك، لكن هذا التصديق لايحتج به على الغير إلا من وقت صدوره، وإذا رفض الغير التصديق زال العقد الأصلى لعدم تحقق الشرط.[1] وهذه هى أحكام الشرط سواء بسواء، مما يدل على قرب الشبه الكبير بينهما. ومعلوم أن التصوير فى القانون التونسى يختلف عن التصوير المعروف فى التشريعات العربية الأخرى عموما والمصرى خصوصا، وأن لكل منهما ذاتيته المستقلة وأحكامه الخاصة مما يمكن معه تمييز كل منهما عن الآخر كما يلى.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

يمكن اجمال نقاط الخلاف بينهما فيما يلى:

١- التعهد عن الغير أمر مستقبل، إلا أنه لايتوقف عليه وجود الالتزام. فالالتزام بين المتعهد والمتعهد له قائم دون حاجة لقبول الغير، والالتزام بين المتعهد له والغير لاينتج أية آثار قبل القبول، فإذا قبله الغير، قام التزام جديد فى مواجهة الغير منذ لحظة قبوله لامن تاريخ التعهد، مالم يتضح أن نية الطرفين هى قصد رجوع الالتزام إلى الماضى (م١٥٣/٢مدنى). أما الالتزام المشروط فهو أمر مستقبل يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن وجد الشرط اعتبر الالتزام قائما منذ لحظة ابرامه، لامن تاريخ تحقق الشرط. فللشرط أثر رجعى - بحسب الأصل - إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون

(١) انظر فى ذلك المستشار/ انور العمروسى، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل، ج١ (١٩٨٣) ص ٤١٣، د. العطار ، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

في الوقت الذى تحقق فيه الشرط[1] وذلك عكس التعهد عن الغير تماما. هذا بالنسبة للشرط الواقف.

- وبالنسبة للشرط الفاسخ، نجد أن التعهد عن الغير يظل قائما دائما وأبدا ولو لم يقبله الغير، إذ فى هذه الحالة يظل المتعهد مسئولا عن عملية التعهد، حيث يلتزم بتعويض من تعاقد معه، ويجوز له أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به (م١٥٣/١ مدنى)، وذلك بخلاف الشرط الفاسخ حيث يظل الالتزام قائما إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ فإنه يزول وينقضى، بل ويجب اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد (م٢٦٩/١ مدنى).

٣- إذا قبل الغير التعهد ، انعقد عقدا جديدا بين المتعهد له والغير، هذا العقد قد يكون معدلا أو مغيرا من شروط العقد الذى أبرمه المتعهد مع المتعهد له. فى حين أنه إذا تحقق الشرط - الواقف - قام الالتزام بنفس بنود وشروط الالتزام الأصلى دون تعديل أو تغيير له.

٤- التعهد عن الغير يكون مجاله التصرفات القانونية - غالبا- بخلاف الالتزام الشروط فقد يكون مجاله التصرفات القانونية، كمن التزم ببيع سيارة إذا حصل على أخرى، كما قد يكون مجاله التصرفات المادية، كمن يلتزم بإقامة متجر أو مصنع إذا صدرت تشريعات جديدة بالبلاد تشجع مثل هذا الاستثمار.

٥- أخيرا نجد أن المتعهد إذا أوفى بما تعهد به فليس له أن يسترد ماوفاه، لأنه ماوفى إلا بما وجب عليه الوفاء به، فى حين نجد أن المدين فى الالتزام المشروط إذا وفى معتقدا أنه ملزم بهذا الدين، فوفاه اختيارا، فإن له أن يسترد ماوفاه، لأنه يكون قد أدى غير المستحق[2].

---

(١) م ١/٢٧٠ مدنى ويقابلها: م ٢٥٧ ليبى، ٢٧٠ سورى، ٢٩٠ عراقى، ٢٤٠ كويتى، ٢٣٩ سودانى، ١٢٣ تونسى.

(٢) د. أنور سلطان ، المرجع السابق، ص ٢٠٦ ، د. عبد الرازق فرج، النظرية العامة للالتزام ل ٢ أحكام الالتزام، ١٩٩٣ ، ص ١١٤ .

٦- ويلاحظ أخيرا أيضا أن الدائن فى الالتزام المشروط ليس له أثناء مرحلة التعليق إلا مجرد أمل فى تحقق الشرط، وبالتالى لايستطيع أن يطالب بالتنفيذ جبرا أو اختيارا[١]، أما الدائن فى عملية التعهد عن الغير - المتعهد له - فحقه قائم، ومن ثم يستطيع أن يضرب أجلا للمتعهد يحصل فيه على موافقة الغير وإلا طالبه هو بالتنفيذ، طوعا أو كرها، عينا أو بمقابل - حسب الأحوال.

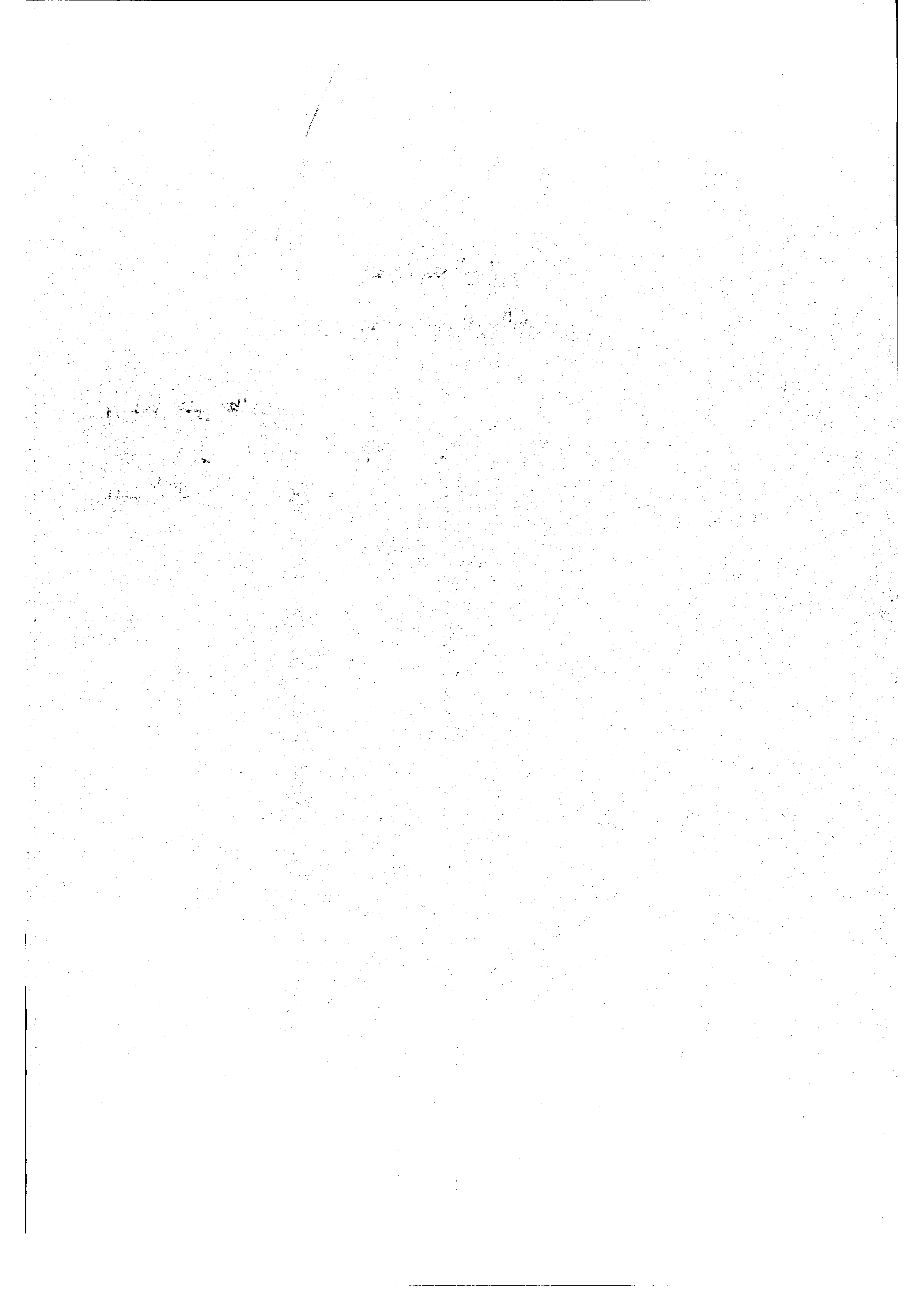
(١) د. عبد الرزاق فرج، المرجع السابق، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٤٢.

المبحث الثاني
احكام التعهد عن الغير

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول: التعهد عن الغير ونسبيه آثار العقد

المطلب الثانى: آثار التعهد عن الغير



المبحث الثانى

أحكام التعهد عن الغير

تمهيد وتقسيم:

يعتبر التعهد عن الغير من التصرفات القانونية التى ويرتب عليها المشرع آثارا معينة، هذه الآثار هى نتاج عملية قانونية نظمها المشرع بنصوص خاصة. بيد أن هذه العملية هى فى حد ذاتها نتاج تصرف أكبر يطلق عليه العقد، فالتعهد عن الغير – فى حد ذاته – أثر من آثار العقد.

هذا ويحكم أثار العقد – عموما – قاعدة عامة هى نسبية آثار العقود، وهى تعنى فى مجملها أن أثار العقد تنصرف إلى العاقدين دون غيرهما، وذلك من الناحية الشخصية. فهل يعنى ذلك أن التعهد عن الغير لايخضع لهذه القاعدة، باعتبار الغير – هذا – ليس طرفا فى العقد، أم أن أثار العقد تلحق هذا الغير، ومن ثم يعد انصراف آار العقد إليه من قبييل الاستثناء على هذه القاعدة.

يمكن معرفة ذلك بوضوح إذا ماتعرضنا لعلاقة التعهد عن الغير بقاعدة نسبية أثار العقد، حتى يتسنى لنا معرفة أحكام هذا التعهد على وجه اليقين. فضلا عن أن ذلك مرتبط بمعرفة أخرى، مفادها : أن دراسة هذه القاعدة تدلنا بيقين أيضا على نتائج وأثار هذا التعهد، سواء كان قاعدة أو استثناء، وذلك تبعا لدراستنا للجهة الأولى أو الفرض الأول.

ولذا فسوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، أتناول فى الأول منهما، التعهد عن الغير وقاعدة نسبية أثار العقد، فى حين يكون الثانى فى آثار التعهد عن الغير، حتى تستقيم لنا أحكام التعهد عن الغير واضحة جلية، وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول

التعهد عن الغير ونسبية أثار العقد

تمهيد وتقسيم:

الأصل في العقد أنه ملزم بكل ماجاء فيه من بنود وشروط، وهذا مايطلق عليه «القوة الملزمة للعقد». وإذا كان العقد كذلك فإن تساؤلا يثور في الأذهان عن الاشخاص الذين يلزمهم هذا العقد بقوته هذه.

بداية يمكن القول بأن العقد ينتج أثاره في مواجهة عاقديه، ولكنه لايقف عندهما، فهو يتعداهما إلى من يحلون محلهما في حقوقهما التي ينظمها العقد، أي من يخلفونهما فيها، كما أنه قد يؤثر بطريق غير مباشر في دائنيهما، عن طريق مايؤدي إليه من زيادة أو نقص في الضمان العام. هكذا تبرز الحقيقة الأولى. ومؤداها أن أثار العقد تنصرف أصلا إلى عاقديه، كما أنها قد تنصرف من بعدهما إلى خلفائهما، كما أنها تؤثر بطريق غير مباشر في حقوق دائنيهما[1].

فإذا كانت أثار العقد تنصرف إلى عاقديه وخلفائهما، وتؤثر في حقوق دائنيهما، فالأصل أنها تقف عند هؤلاء ولاتتجاوزهم إلى الغير، وهذه هي الحقيقة الثانية، ومؤداها عدم سريان أثار العقد بالنسبة للغير[2]. وهاتان الحقيقتان تكونان معا «مبدأ نسبية أثار العقد» بمعنى أن العقد ينتج أثاره في مجال محدد، هو ذلك الخاص بالمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما، ولاينتج أثرا مافي خارج هذا المجال، أي لاينتج أثر ما في مواجهة الغير[3].

وإذا كان هذا هو الأصل في الفقه القانوني بالنسبة لهذه القاعدة، فإن هذا هو الأصل أيضا في الفقه الاسلامي، فأثر العقد في الفقه الاسلامي لاينصرف إلا إلى العاقد نفسه، ولايجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفا فيه، فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه لنفسه انصرف إليه وحده أثر العقد، ويقصد بأثر العقد في الفقه الاسلامي: مايترتب على العقد من أحكام وحقوق، ذلك أن الفقه الاسلامي يميز بين حكم العقد، وهو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصده المتعاقدان من إنشاء العقد، وحقوق العقد،

---

(١) نقض مدني في ١٩٧٤/٣/٢٦ (مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٩٢ ص ٥٧٧). نقض مدني في ١٩٧٧/٢/٢١ (مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ٩٤ ص ٤٩١).

(٢) نقض مدني في ١٩٦٤/١١/١٢ (مجموعة أحكام النقض س ١٥ رقم ١٥٢ ص ١٠٢٢).

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٦٩، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣١٢، د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

وهى مايستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله. فعقد البيع مثلا :حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشترى، ونقل ملكية الثمن إلى البائع، وحقوقه الزام البائع بتسليم المبيع، وقبوله فى حالة الرد بالعيب، وحقه فى المطالبة بالثمن. وكذا الزام المشترى بدفع الثمن، وثبوت حقه فى المطالبة بتسلم المبيع بحالة يصلح معها للانتفاع .... وهكذا[1].

ومن هذا يتضح أن قاعدة نسبية آثار العقد تشتمل على فرضين، **أحدهما**: انصراف آثار العقد إلى العاقدين وخلفهما ودائنيهما، **وثانيهما**: عدم انصراف آثار العقد إلى الغير. ولذا فإننى أقسم هذا المطلب بدوره إلى فرعين أساسيين على النحو التالى:

الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما.

أولا: بالنسبة للمتعاقد.

يقضى صدر المادة رقم ١٤٥ من القانون المدنى بأن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين، فهما اللذان صنعاه، وهما بالتالى اللذان يتأثران به، ومن ثم فإنه إذا انعقد العقد صحيحا نافذا لازما، انصرف أثره إلى المتعاقدين، بأن يلزمهما بتنفيذه، وذلك فى الفقه القانونى والاسلامى على حد سواء[2]، فعقد البيع مثلا: ينصرف اثره مباشرة إلى كل من البائع والمشترى، مافى ذلك شك.

ثانيا: بالنسبة للخلف.

يقصد بالخلف: الشخص الذى يتلقى الحق عن غيره. وهو نوعان: خلف عام وخلف خاص. أما الخلف العام فهو من يخلف سلفه في كل حقوقه أو في حصة

---

(١) الشيخ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٤٦ ومابعدها. وانظر كذلك: المادة رقم ٢٧٨ من مرشد الحيران حيث نصت على أنه «يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشرا أى عقد كان بنفسه أو بوكل به غيره، فمن باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه، فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام» كما نصت المادة رقم ٣٠٦ منه أيضا على أنه «إنما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين، ولايلتزم بها غيرهما».

(٢) م ١٤٥ مدنى ويقابلها: م ١٤٥ ليبى، ١٤٦ سورى، ١/١٤٢ عراقى، ٢٢٢ لبنانى، ٢٠٦ أردنى، ١٤١ كويتى، ٢٤١ تونسى. وانظر كذلك: م ٣٠٦ من مرشد الحيران السابق الاشارة إليها.

حسابية منها كالربع أو النصف دون تعيين لحق معين فيها، وهو بهذه الصفة قد يكون خلفا وحده، أو خلفا فيها مع غيره. وفي ضوء ذلك يتبين أن الخلف العام بالنسبة للشخص الطبيعي[1] هو أحد اثنين:

الأول: الوارث. سواء كان وحيدا أو مع غيره.

الثاني: الموصى له بنسبة غير معينة من مجموع التركة كثلثها أو ربعها.

أما الخلف الخاص، فهو من يتلقي عن سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه، وكذا من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل. فالمشترى يعتبر خلفا خاصا بالنسبة للبائع في الشيء المبيع، وكذا الموهوب له خلفا خاصا لمالك الشيء الذى تقرر الحق عليه، كما يعتبر خلفا خاصا كذلك من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل كما في حوالة الحق[2].

ويمكن توضيح أثر العقد بالنسبة لهذين النوعين على النحو التالي:

أ- الخلف العام: الأصل أن آثار العقد، بعد أن تلحق المتعاقدين، تنصرف، على أثر موت كل منهما، إلى خلفهما العام، وقد نصت على ذلك المادة رقم ١٤٥ من القانون المدنى حيث ذكرت أنه «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...» فإذا أبرم شخص عقد من العقود، ثم توفى العاقد، فإن الآثار المترتبة على العقد تنصرف إلى ورثته، وإلى من عساه أن يكون قد أوصى له بحصة من التركة.

ويسرى العقد على الخلف العام بنفس الوضع الذى كان ساريا به من قبل على سلفه، ولايلزم لذلك أن يكون العقد ثابت التاريخ حتى يمكن الاحتجاج به أو عليه[3] مع الأخذ في الاعتبار أن القانون قد يعطي للوارث حقوقا يتلقاها منه مباشرة،

(١) لايقتصر الخلف العام على الشخص الطبيعي، بل قد تكون الخلافة العامة في الشخص الاعتبارى أيضا. (م ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج فى شركات المساهمة). نقض مدنى فى ١٩٧٣/١٢/١٨ (مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٢٢٢ ص ١٢٨٠). نقض مدنى فى ١٩٧٧/٢/١٥ (مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ٨٧ ص ٤٥٤).

(٢) انظر مؤلفنا: الوجيز في مصادر الالتزام، ج١، ط١ (١٩٩٥)، ص ١٣٢ فقرة ١٠٩.

(٣) نقض مدنى فى ١٩٧٣/٥/١١ (مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ١٣٥ ص ٨٥٢).

لابطريق الميراث عنه سلفه، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به، ولذلك يعتبر الوارث فى هذا الفرض من الغير بالنسبة لهذه التصرفات، ومن ثم فلايكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ[1] كما لو أوصى بكل ماله أو بجزء منه يزيد على الثلث. فإن القانون فى هذه الحالة يقيد من تصرفات المورث، فلايبيح له أن يتصرف فى ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث، وهذا الحكم مأخوذ من أحكام الشريعة الاسلاميةفى فى ذلك، وكالوصية كل تصرف صدر فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع[2].

وإذا كان العقد الذى أبرمه السلف يسرى - كما هو - على الخلف، فإنه لا صعوبة فى اعمال هذه القاعدة إذا لم يكن المتوفى مدينا لأحد عند وفاته، إذ تنتقل الحقوق الناشئة عن العقد إلى ورثته، ومن ثم يكون لهم الحق فى المطالبة بها. فإذا مات البائع خلفه وارثه فى الحقوق التى تنشأ عن البيع، لاسيما الثمن، وإذا مات المشترى خلفه وارثه فى حقوقه،وعلى الأخص مايتعلق منها بنقل الملكية وتسلم المبيع. ومعنى ذلك أن الحقوق التى ينشئها العقد هى التى تنتقل إلى الوراث بعد موت المورث.

أما الالتزمات فإنها لاتنتقل إلى الورثة وإنما تظل التركة على ذمة صاحبها - افتراضا - حتى يتم سداد هذه الالتزامات، ثم يتم توزيع التركة بعد ذلك. فالقانون المصرى لايأخذ بأحكام الخلافة العامة كقاعدة عامة، إذ يحول دون الأخذ بها المبدأ العام الذى يسود نظام الميراث الشرعى وهو أنه «لاتركة إلا بعد سداد الديون» ذلك أن الأصل هو أن يبدأ بسداد ماعلى المتوفى من ديون من أموال التركة، ثم يوزع الفائض من هذه الأموال على الورثة، فكأن الوارث - على هذا النحو - لايخلف سلفه فى

(١) د. السنهورى، الوسيط ج١، ص ٧٢٣ هامش (٢). نقض مدنى فى ١٩٦٢/٧/٢١ (مجموعة احكام النقض، س ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤).

(٢) م ٩١٦ مدنى.

ديونه[1]، ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام فى التركة دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث حتى ينقضى، ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الورثة. ومن ثم عنى المشرع بتنظيم تصفية التركة، حيث أورد نصوصا هامة فى هذا الشأن (م ٨٧٥-٩١٤مدنى)، هذه النصووص تنظم سداد ديون التركة، وتكفل حقوق دائنيها، وتحمى الغير الذى يتعامل مع الوارث. ولذا يمكن القول بأن الخلافة العامة فى شأن المتوفى المدين قاصرة على الحقوق دون الالتزامات، وهذا هو ماعليه الرأى فى الفقه القانونى، وقد أشار المشرع المصرى إلى هذه القاعدة حين تحفظ بشأنها فى نص المادة ١٤٥، حيث ذكر أن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث[2]. فقد ذهب الرأى الغالب فى تفسير هذه القاعدة أنها تمنع من انتقال حقوق والتزامات المتوفى إلى ورثته، فتظل – حكما– على ذمة المتوفى، بحيث يتعين سداد ديونه من الأموال التى تركها، فإن بقى شىء بعد ذلك انتقل إلى الورثة[3].

(١) فى فرنسا: يعتبر الخلف العام استمرارا لشخصية السلف ايجابا وسلبا، فالوراث ماهو إلا امتداد لشخصية المورث، الأمر الذى يترتب عليه أن يخلف الأول الثانى فى كل حقوقه وفى كل ديونه على السواء، ويترتب على ذلك أن الوارث يلتزم بديون مورثه بالغة ما بلغت قيمتها، أى حتى لو زادت فى مداها عن نصيبه من أموال مورثه. بيد أن القانون الفرنسى يلجأ إلى تخفيف حدة هذه القاعدة، بأن يخول للوارث الا يلتزم بديون مورثه إلا فى حدود ماناله من تركته، وذلك إذا ماقبل التركة بشرط الجرد Sous Bénéfice d'inventaire كما يخوله أيضا حق رفض التركة برمتها (د. السنهورى المرجع السابق، ص ٧٢٣ هامش (١)، د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٧٤ هامش (١)) وقد أخذ بهذا الرأى قانون الموجبات والعقود اللبنانى. انظر المادة ٢٢٢ منه حيث أنها لم تتحفظ بالنسبة لقواعد الميراث الشرعية، وبالتالى يمكن أن تنتقل ديون المتوفى إلى الورثة ويلزمون بها.

(٢) راجع فى هذه القواعد بالتفصيل : م ٨٧٥ مدنى.

(٣) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٦٥، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣١٣. د السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٢٣. قارن عكس ذلك: د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ص ٣٤٣ رقم ١٧٧ حيث يذكر سيادته أن التزامات المورث تنتقل إلى ورثته مع حقوقه، ولكن حقوق المورث تبقى ضامنة لالتزاماته، بحيث لاتخلص للورثة إلا بعد الوفاءبهذه الالتزامات. وأرى أن هذا الرأى له وجاهته، حيث يعتمد الرأى الأول – الغالب – على الافتراض المحض، وهو بقاء التركة على ذمة المتوفى حتى يقضى دينه، وهو كما نرى افتراض خيالى، حيث أن المورث قد مات ومن ثم انتهت شخصيته القانونية، فلامحل لتعلق التركة بهذه الشخصية بعد انتهائها. أما الرأى الثانى فهو أقرب إلى =

والمبدأ فى الفقه الاسلامى أيضا أنه لاتركة إلا بعد سداد الديون، ومن ثم فإنه ينتقل إلى الخلف العام أموال المتوفى التى كانت عنده، والتى له عند غيره، أما ديونه فلايلزم بها الورثة إلا فى حدود التركة[1] وهذا هو المبدأ الذى استقاه الفقه القانونى من الفقه الاسلامى.

لكن متى يتم انتقال التركة إلى الورثة فى الفقه الاسلامى؟.

للفقهاء فى تحديد هذا الوقت ثلاثة أراء، هى المرادة من قاعدة «لاتركة إلا بعد سداد الديون» وهذه الأراء هى:

أولا: يرى المالكية أن أموال التركة تبقى على ملك الميت بعد وفاته إلى أن يسدد ديونه، سواء كان الدين مستغرقا للتركة أم لم يكن مستغرقا لها، عملا بقوله تعالى فى أربع مرات من آيتى الميراث «من بعد وصية يوصى بها أو دين»[2] وعليه يكون نماء اعيان التركة بزيادتها المتولدة منها ملكا للميت، كما أن نفقاتها تكون عليها.

ثانيا: يرى الشافعية واحدى الروايتين عن الحنابلة أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة فورا بموت المورث، مع تعلق الدين بها، كما يتعلق الرهن بالشىء المرهون، وسواء أكان الدين مستغرقا أم لا، وعليه يكون نماء التركة للورثة، وعليهم نفقاتها، وذلك عملا بما ورد فى الحديث الشريف أن من ترك مالا أو حقا فلورثته.

=العقول والقول السديد، فإن انتقال التزامات المورث وحقوقه إلى الورثة يعنى أن شخصية الوارث تعد امتدادا لشخصية المورث، وبالتالى تتلاشى فكرة الافتراض التى قام عليها الرأى الأول، كما تتلافى أيضا بقاء التركة مدة من الزمن شاغرة غير متعلقة بذمة أحد. وجعل حقوق المورث ضامنة لالتزاماته فيها من الضمانات التى لايترتب عليها إضرار بالورثة. ولعل الموقف فى القانون الفرنسى أدق منه فى القانون المصرى عندما جعل شخصية الوراث امتداد لشخصية المورث فى الحقوق والالتزامات على حد سواء.

(١) المغنى لابن قدامة، ج ٤ ص ٤٨٧، تبيين الحقائق للزيلعى، ج٥ ص ٢١٣، المدونة الكبرى للامام مالك، ج١٣ ص ٥٧، المهذب للشيرازى، ج١، ص ٣٢٧، وانظر: الشيخ على الحفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٢ ص ١٥٣ ومابعدها.

(٢) سورة النساء آية ١١، ١٢.

ثالثا: فصل الحنفية بين ما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين أم لا؟ فإن كانت مستغرقة تبقى أموال التركة على ملك الميت، ولاتنتقل إلى ملك الورثة، حيث يتم بها سداد الدين، أما إذا كانت غير مستغرقة، فالرأى الراجح فى المذهب أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الموت للمورث مع تعلق الدين بأموال التركة[1].

والرأى عندى أن ماذهب إليه الشافعية والحنابلة هو الأرجح، وذلك حتى لانلجأ إلى الافتراض القائم عليه رأى المالكية، وحتى لاتبقى التركة شاغرة فترة من الزمن لمعرفة مدى كونها مستغرقة بالدين أم لا، القائم عليه رأى الحنفية. مع الأخذ فى الاعتبار أن ديون التركة تكون متعلقة بها كتعلق الرهن بالمرهون.

وخلاصة القول فى الفقه الاسلامى أن ديون السلف لاتنتقل إلى الخلف العام إلا فى حدود التركة، فإن لم يكن فى التركة وفاء لهما فلايلزم الوارث بسدادها من أمواله الخاصة، وإنما يستحب له ذلك كواجب اخلاقى، وليس واجبا دينيا أو قانونيا، لأن نفس الميت مرهونة بدينه إلى أن يقضى عنه كما جاء فى الحديث الصحيح أن النبى ﷺ قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[2].

ومع القول بأن الوارث لايلتزم – فى ماله الخاص – بسداد ديون مورثه، اللهم إلا مايمليه عليه واجب أخلاقى على النحو السابق فإنه يثور فى الأذهان التساؤل عما إذا كانت التركة لاتفى بكل الدين؟ ولم يغفل فقهاء المسلمين عن مجابهة هذا الفرض، حيث ذكروا أن الدائنين فى هذه الحالة يقسمون التركة بينهم قسمة غرماء، كل بحسب ماله من دين[3].

---

(١) راجع هذه الآراء تفصيلا: د. وهبة الزحيلى، الفقه الاسلامى، ج٤، ص ٣١٠ ومابعدها.

(٢) هذا الحديث رواه الامام أحمد والترمذى وابن ماجه والحاكم عن أبى هريرة رضى الله عنه.

(٣) فلو مات شخص عن ٩ آلاف جنيه مثلا، وكان مدينا بخمسة عشر آلف جنيه، لدائن عشرة الاف ولآخر خمسة آلاف، فإنه يمكن القول بعملية النسبية والتناسب ١٠ :٥ يساوى ٢ :١ ثم نضرب كل من الطرفين فى العامل المشترك بين ٩، ١٥ وهو ٣. فيكون للأول ٦ آلاف جنيه ويكون للثانى ٣ آلاف جنيه، وبذا تكون القسمة بينهما قسمة غرماء، مالم يقم الورثة بسداد باقى الديون اختيارا. (راجع: د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ج ٨ ص ٣٧٨).

الاستثناء من القاعدة:

إذا كانت القاعدة العامة تقضى بأن آثار العقد تنصرف بعد موت العاقد إلى خلفه فى الحدود السابق بيانها، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يرد عليها بعض الاستثناءات، حيث لاينتقل أثر العقد إلى الخلف العام فى الأحوال الآتية:

١- إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد. مثال ذلك انتهاء عقد الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل[١] وأيضا: انتهاء عقد شركة الأشخاص بوفاة أحد الشركاء.[٢] ويحدث هذا فى كل حالة يكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار[٣].

على أن أهم مايقضى به القانون فى هذا الصدد هو مايتلعق بالوصية، فإن كان القانون يبيح للشخص أن يتصرف فى كل ماله تصرفا نافذا فى حق ورثته، حتى لو كان ذلك بطريق التبرع، وحتى لو قصد بذلك ألا يخلف لورثته شيئاً من بعده. مادام هذا التصرف غير مضاف إلى مابعد الموت. إلا أن القانون يقيد حق الشخص فى اجراء التصرفات المضافة آثارها إلى مابعد وفاته، كما فى الوصية. فلايسوغ له إجراء وصية فى حق الورثة إلا فى حدود ثلث مايخلفه فى تركته، فإذا زاد هذا التصرف المضاف إلى مابعد الموت عن ثلث التركة. فلاينفذ فى حق الورثة، لأنه تصرف يتحكم فى حظوظ الورثة تحكما يأباه النظام العام[٤].

هذا ويأخذ حكم هذا التصرف - وبالتالى لاينفذ فى حق الورثة بنص القانون - كل تصرف يجريه الشخص فى مرض موته على سبيل التبرع، حيث يعتبر وصية ويأخذ حكمها، أيا كانت التسمية التى تطلق عليها، وقد أقام القانون قرينة على ذلك مؤداها: أن أى تصرف يتم فى مرض الموت يفترض أنه تم على سبيل التبرع، مالم

---

(١) م ٧١٤ مدنى وانظر: نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/١٣ (مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٣٨ ص ٢٥٤).

(٢) م ١/٥٢٨ مدنى.

(٣) نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/١٣ (مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٣٨ ص ٢٥٤).

(٤) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧١٧، د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٧٥.

يثبت من صدر له التصرف أنه قد أجراه معاوضة[1] ويعتبر الورثة في مثل هذه الأحوال من الغير لاينصرف اليهم أثر هذه التصرفات التى حظرها القانون بنصوص خاصة[2].

٢- إذا كانت طبيعة العقد تأبى الانتقال من المتعاقد إلى الخلف العام، سواء كان المانع من هذا الانتقال قانونيا، كما فى عقد الايراد المرتب لمدى الحياة، أو ماديا، كما فى التعاقد مع فنان معين أو رسام. فإن العقد لاينتقل أثره إلى الورثة فى الحالتين، فلايسرى عقد الايراد المرتب لمدى الحياة بالنسبة للورثة، إذا أنه ينتهى قانونا بموت المتعاقد، كما لايسرى العقد كذلك بالنسبة لورثة الفنان أو الرسام، إذ ليس بالضرورة أن يكون الورثة على نفس مهنة المورث وبنفس كفاءته[3].

٣- إذا اتفق المتعاقدان على عدم انتقال الحق إلى الخلف، مادام الشرط القاضى بذلك لايخالف النظام العام والآداب، كما لو أجر شخص لآخر سيارته لمدة معينة، ثم يتفقان على انهاء الاجارة بموت المستأجر، إذا وقع قبل فواتها، فمثل هذا الاتفاق جائز لأن قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام ومن ثم تنتهى الاجارة بموت المستأجر أثناءها[4].

وخلاصة القول فإن آثار العقد تنصرف من بعد وفاة العاقد إلى خلفه العام، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام (م ١٤٥ مدنى).

ب- **الخلف الخاص**: يختلف وضع الخلف الخاص عنه فى الخلف العام من حيث انصراف أثر العقد إليه. فالخلف الخاص هو من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا عليه، وهذا الشيء الذى يتلقاه الخلف قد يكون حقا عينيا

---

(١) م ٣/٩١٦ مدنى وأنظر: نقض مدنى فى ١٩٥٣/٢/٢٦ (مجموعة أحكام النقض س ٤ رقم ٨٣ ص ٥٤٨) . نقض مدنى فى ١٩٥٣/١٢/٢٤ (مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧).

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٦/١/١٣ (مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣).

(٣) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٢٦.

(٤) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٦٥. انظر: نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/١٣ (مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٣٨ ص ٢٥٤).

- وهذا هو الغالب - وقد يكون حقا شخصيا. فإذا كان هذا الشيء حقا عينيا كان من تلقاه خلفا خاصا. كالمشترى الذى يتلقى عن البائع ملكية شيء معين بالذات، فهو خلف خاص للبائع، وكذا صاحب حق الانتفاع على هذا الشيء يعتبر خلفا خاص لمن تلقى عنه هذا الحق. أما إذا كان هذا الشيء حقا شخصيا فلايكون من تلقاه خلفا خاصا، وإنما يكون دائنا، فالمستأجر ليس بخلف بالنسبة للمؤجر، وإنما هو دائن له، ومن ثم يجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، كما يجوز له أن يطعن فى تصرفاته بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروط كل منهما[1] ولذا فإن التعبير الدقيق للخلف الخاص هو:أنه من يتلقى عينا من سلفه، كالمشترى الذى يخلف البائع فى العين المبيعة، والموهوب له الذى يخلف الواهب فى عين معينة بالذات، وكذا الموصى له بعين معينة من أعيان التركة[2].

والأصل أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التى يبرمها سلفه، فلاتنصرف إليه آثارها، فعقد القرض الذى يبرمه البائع قبل البيع لاتنصرف آثاره إلى المشترى، وكذا إذا أجر البائع شيئا غير الشيء المبيع، فإن آثار هذا الايجار لاتنصرف إلى المشترى، فكل من القرض والايجار فى المثالين السابقين لاعلاقة له بالبيع، ولا بالشيء المبيع الذى خلف المشترى البائع فى حقوقه عليه، وهذا أمر واضح متى كان العقد لايمس الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص.

أما إذا ابرم السلف تصرفا يمس الشيء الذى انتقل إلى الخلف، كأن يتعاقد مالك منزل على صيانة المصعد الموجود به، ثم يبيعه، فإن تساؤلا يقفز إلى الأذهان عن مدى انتقال آثار هذا التصرف إلى الخلف الخاص؟.

لقد عالج القانون المدنى المصرى هذه الحالة، حيث نص فى المادة ١٤٦ منه على

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٣٣ ومابعدها. انظر الفرق بين انتقال الحق الشخصى، وانتقال الحق الشخصى الذى كان سلفه دائنا به من قبل عن طريق حوالته إليه، فالأول دائن به، والثانى خلف خاص له. (د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٧٢) هامش (١)).

(٢) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣١٤، د. العطار، المرجع السابق، ص ١٩٤، المستشار/ أنور العمروسى، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

مايلى «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه»[1].

من هذا النص يتضح أنه يشترط لانصراف آثار هذا التصرف إلى الخلف الخاص الشروط الآتية:

أولا: يجب أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق والالتزامات التى يقع فيها الاستخلاف سابقا فى ابرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف. فلو أن شخصا أمن على منزله ضد الحريق، ثم باعه فإن الحق فى التأمين ينتقل منه إلى المشترى. أما إذا ابرم التأمين بعد البيع، فإن الاستخلاف لايحل فى الحق المتولد عنه (الحق فى التأمين). ولهذا فإنه يشترط أن يكون هذا التصرف ثابت التاريخ، وسابقا على التاريخ الذى انتقل فيه الشيء إلى الخلف[2].

ثانيا: يجب أن تكون الحقوق والالتزامات التى يرتبها تصرف السلف من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف، وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له. ذلك أن الحقوق المكملة للشيء، إنما هى فى الواقع من توابع هذا الشيء، والتابع ينتقل مع الأصل بالضرورة. فحق التأمين الذى أبرمه السلف على الشيء المبيع ينتقل

---

(١) يقابل هذه المادة فى القوانين العربية: م ١٤٦ ليبى، ١٤٧ سورى، ٢/١٤٢ عراقى، ١٣٢ سودانى، ١٤٢ كويتى. أما القانون اللبنانى فليس فيه نص فى ذلك، والراجح أن الحقوق التى ينشئها السلف تنتقل إلى خلفه الخاص اذا تعلقت بالشيء الذى انتقل إلى الخلف، أما الالتزامات فلاتنتقل إلى الخلف إلا إذا قبلها، أو كان هناك نص يجيز ذلك (د. العطار، المرجع السابق، ص ١٩٤ هامش ٢).

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى: «الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقا عينيا على شيء معين، كالمشترى والموهوب له والمنتفع، فإذا عقد المستخلف عقدا يتعلق بهذا الشيء انتقل مايرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة: أولهما: أن يكون تاريخ العقد سابق على كسب هذا الخلف لملكية الشيء، ويراعى أن

بالضرورة إلى المشترى - باعتباره تابع للمبيع - ، وحق رجوع المشترى على بائعه بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ينتقل أيضاً - بالضرورة - إلى المتصرف إليه من المشترى. بحيث يستطيع الرجوع على البائع الأصلى بدعوى مباشرة، وليس فقط بدعوى مدينه[1]. كما أن حق المشترى فى تسلم المبيع من بائعه ينتقل كذلك لمن يشترى ثانية الشىء المبيع من مشتريه الأول، وقد حكم بأن عقد البيع ينقل للمشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به، ومنها حق المشترى فى تسلم المبيع من البائع السابق[2].

أما الالتزامات التى تحدد الشىء فيجب أن تنتقل معه كذلك، لأن السلف لايستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك: فالتزام السلف بعدم البناء زيادة عن ارتفاع معين، أو زيادة عن مساحة معينة، ينتقل بدوره إلى الخلف الخاص إذا ما ابرم السلف تصرفا له يخص محل هذا الالتزام. وقد قضى بأن التزام المؤجر بأن يركب مصعدا فى عمارته لمصلحة المستأجر، ينتقل إلى من يشترى منه هذه العمارة[3].

ويلاحظ أن هذه الحقوق والالتزامات التى يحصل فيها الاستخلاف إنما يجب أن تكون قد تقررت للسلف مع مراعاة العين نفسها، لامراعاة لشخصه هو، بل يجب أن تكون متصلة مباشرة بالعين، بحيث يمكن للحقوق أن تعتبر من توابعها التى تخدمها وتسهل الانتفاع بها، كما يمكن للالتزامات أن تعتبر من محدداتها التى تضيق من نطاق الانتفاع بها، وتقع عبئاً عليها[4].

فإذا كان التزام السلف لايثقل العين أو يحد من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها. فإن هذا الالتزام لاينتقل إلى الخلف، كالتزام بائع السيارة مثلا نحو

العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ...» (مجموعة الاعمال التحضيرية، ج٢، ص ٢٧٥).

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٧٩ هامش (٢).

(٢) نقض مدنى فى ١٩٥١/١٢/٢٧ (مجموعة احكام النقض س ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١).

(٣) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٢/١ (مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٢٩ ص ٢٢١)، نقض مدنى فى ١٩٧٦/٦/٩ (مجموعة أحكام النقض س ٢٧ رقم ٢٥ ص ١٣٢٢).

(٤) يلاحظ أن مثل هذه الالتزامات تقترب إلى حد ما من حقوق الارتفاق، وإن اختلفت عنها اختلافا أساسيا فى كونها شخصية، فى حين نجد أن حقوق الارتفاق حقوق عينيه (د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٨٠).

صاحب «الجراج» فإنه لاينتقل إلى من اشترى السيارة كما لاينتقل هذا الحق. وأيضا إذا كان التزام السلف اعتبرت فيه شخصيته هو، فإنه لاينتقل إلى الخلف الخاص له[1].

ويبدو أن هذا التقيد بالنسبة للحقوق والالتزامات التى تنتقل إلى الخلف الخاص، إنما هو مستفاد من نص المادة ١٤٦ السابق ذكرها حين ذكرت أن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته. بالرغم من عدم إفادة النص هذا التقييد[2].

ثالثا: يجب أن يعلم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وقت انتقال الشيء إليه، فإذا لم يكن عالمابها وقت انتقال الشيء إليه، فإنها لاتنتقل إليه، وتظهر أهمية العلم وقت الانتقال خاصة بالنسبة للالتزامات، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف، فمن العدل أن يكون عالما بها، أما الحقوق فيعتد بالعلم ولو تراخى عن وقت الانتقال إلى الخلف، إذ لاضرر منه على مصالح الخلف الخاص، بل هو لمصلحته المحضة. ويجب أن يكون هذا العلم حقيقا، فيشترط العلم اليقينى لامجرد استطاعة العلم[3].

إذا توافرت هذه الشروط انتقلت آثار التصرف الذى يبرمه السلف إلى الخلف الخاص، إلا أنه قد يوجد نص تشريعى ينقل هذه الآثار إلى الخلف الخاص دون مراعاة لتوافر هذه الشروط مجتمعة، ولايكون ذلك إلا بنص خاص، ومن أبرز الأمثلة على ذلك سريان عقد الايجار بما يرتبه من حقوق والتزامات على المؤجر فى حق من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة. ففى هذه الحالة تنتقل هذه الحقوق والالتزامات إلى

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٤٣، د. عبد الرازق فرج، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

(٢) راجع ذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٨٠.

(٣) د. عبد الرازق فرج، المرجع السابق، ص ٢٨٢، ود. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٤٤.
راجع: الاعمال التحضرية، ج٢ ص ٢٧٧. ويرى الدكتور اسماعيل غانم أنه لامحل لاشتراط العلم اليقينى إلا بالنسبة للالتزام فحسب، أما الحق فهو مشترط لمصلحة الخلف الخاص (مشار إليه د. لبيب شنب المرجع السابق، ص ٢٦٧ هامش (٥)). وأرى أن ذلك بالنسبة لوقت الانتقال كما ذكرت فى المتن.

(٤) م ٦٠٤ مدنى وانظر فى ذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقى، عقد الايجار (١٩٥٢) فقرة ٣١٥ ومابعدها د. عبد الرازق فرج، عقد الايجار (١٩٧٩) فقرة ١٢١.

الخلف الخاص، حتى ولو لم يكن عالما بها عند انتقال ملكية العين إليه[٤].

وفي الفقه الاسلامي نجد أن الخلف الخاص لايختلف عنه في الفقه القانوني. فهو إما الموصى له بعين معينة، وإما المشترى لعين معينة، وماشابههما. وينطبق عليه في الفقه الاسلامي نفس القواعد الموجودة في الفقه القانوني، فلاينتقل إليه آثار التصرفات التي يبرمها السلف إلا إذا كانت هذه الآثار من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، مع علمه بها، فضلا عن كون هذه التصرفات سابقة التاريخ على انتقال الشيء إليه. وعلى الجملة ينصرف إليه أثر التصرفات التي يبرمها السلف، من حيث الحقوق المكملة للشيء، ومن حيث الالتزامات المقيدة للشيء، كما هو الحال بالنسبة للفقه القانوني، ولذا يمكن القول بأن أحكام الفقه القانوني في هذا الصدد تتفق مع أحكام الفقه الاسلامي في مجموعها[١].

ثالثا: بالنسبة للدائن:

يمكن القول بأن آثار العقود التي يبرمها المدين لاتنتقل إلى الدائن بالمعنى الذي ذكرناه في انصراف أثار العقد إلى الخلف، عاما كان أم خاصا. فالدائن لايعتبر خلفا بالنسبة للمدين، ولكنه مع ذلك قد يتأثر بما يبرمه المدين من تصرفات، فلهذه التصرفات تأثيرها على مركز الدائن، ولكن بطريقة غير مباشرة فالقانون يجعل من جميع أموال المدين ضمانا عاما لكل دائنيه[٢] ومعنى ذلك أن المدين إذا أبرم تصرفا أضاف به مالا إلى ذمته اطمأن الدائن إلى يساره، فإذا ما انقص التصرف من ذمة المدين المالية ،كان هناك خطر على حق الدائن من اعسار المدين، ولهذا يمكن ايجاز موقف الدائن من التصرفات التي يبرمها مدنية ومدى تأثره بها على النحو التالي[٣]:

١- لاتنصرف أثار العقود التي يبرمها المدين إلى الدائن، بل إن الدائن يعتبر من الغير بالنسبة لهذه العقود، وبالتالي يمكن الاحتجاج بها عليه كقاعدة عامة.

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق ج٥ ص ٩٨، د. العطار، المرجع السابق، ص ١٩٤ومابعدها.

(٢) م ٢٣٤ مدني ويقابلها: م ٢٣٧ ليبي، ٢٣٥ سوري، ٢٠٦ عراقي، ٢٦٨ لبناني، ١٢٠ كويتي، ٢١٨ سوداني.

(٣) بتصرف : د. العطار، المرجع السابق، ص ١٩٦ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ، ص ٥٨٢ ومابعدها.

٢- يختلف الفقه الاسلامى عن الفقه القانونى بالنسبة لحماية الدائن من أضرار التصرفات التى يبرمها مدينه. فمن وسائل فقه القانون - فى شأن هذه الحماية - أن العقد إذا جعل للمدين حقوقا وتقاعس المدين عن المطالبة بها، كان للدائن أن يستعمل باسمه دعوى غير مباشرة تؤول بها هذه الحقوق إلى المدين، حتى يمكن لكل الدائنيين من استيفاء حقوقهم منها (م ٢٣٥مدنى).

وإذا جعل العقد على المدين التزامات قد تؤدى إلى اعساره أو زيادة اعساره، كان للدائن أن يطعن فى هذا العقد بدعوى عدم نفاذ التصرف (أو الدعوى البوليصية)، ومن ثم لايحتج عليه بهذا العقد (م ٢٣٧ مدنى). كما له أن يطلب شهر اعسار المدين حتى يمكن توزيع امواله على سائر الدائنين (م٢٣٩ مدنى). كما أن للدائن أن يتمسك عموما بالتصرف الظاهر (الكاذب) أو التصرف المستتر (الحقيقى) وفقا لمقتضيات مصلحته، ووسيلته فى ذلك دعوى الصورية (م ٢٤٤ مدنى). وهذه هى وسائل حماية الدائنين وكفالة حقوقهم.

وفى الفقه الاسلامى نجد أن هذه الوسائل مختلفة إلى حد ما، فإذا جعل العقد الذى ابرمه المدين التزامات فى ذمته، لم يكن للدائن أن يتضرر منه إلا إذا أدى ذلك إلى افلاس المدين، عند ذلك يطلب الدائن الحجر عليه للافلاس. ويرى الفقه المالكى أن تصرف المدين الضار بدائنيه غير نافذ فى حق الدائن حتى قبل الحجر عليه للافلاس[1]. وللدائن أن يحمى نفسه فى غير هذه الأحوال بتوثيق دينه برهن أو كفالة، كما حمى الفقه الاسلامى الدائن عند وفاة المدين، بأن قدم حقه على حقوق الموصى له والورثة[2]، وجعل حقه فى هذه الحالة يحل إذا كان مؤجل كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء[3] بحجة أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء

(١) راجع ذلك بالتفصيل فى مذاهب الفقه الاسلامى: د. وهبه الزحيلى، المرجع السابق، ج٥، ص ٤٥٥ - ٤٥٨. وللمؤلف نفسه، ج٤ ص ١٣٢ ومابعدها. انظرم ٩٥٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر فى تقديم الدين على حقوق الموصى له والورثة بالرغم من تقديم الوصية على الدين فى النظم القرآنى :«من بعد وصية يوصى بها أو دين»: د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ج٨، ص ٢٧٢ - ٢٧٦.

(٣) بداية المجتهد، ج٢، ص ٢٨٢، المغنى لابن قدامة ، ج٤ ص ٢٣٥، المهذب للشيرازى، ج١ص ٣٢٧.

الدين، وحتى لاتبقى التركة شاغرة مدة من الزمن، لما فى ذلك من الاضرار بالورثة والدائنين معا.

من ذلك يتضح أن عقود السلف (المدين) لاتنتقل إلى الدائن ولايتأثر بها إلا فى الحدود التى ذكرناها سواء فى ذلك الفقه الاسلامى أو الفقه القانونى بالرغم من اختلاف وسائل حماية الدائنين فى كل منهما.

الفرع الثانى: عدم انصراف آثار العقد إلى الغير

بينا فى الفرع الأول أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين مباشرة، ثم إلى خلفهما العام والخاص من بعدهما فى الحدود التى ذكرناها، كما بينا تأثر الدائنين بطريق غير مباشر بالعقود التى يبرمها المدينين، سواء فى الفقه الاسلامى أو القانون المدنى. ومن ثم فإن الغير لاينصرف إليه أية آثار - كقاعدة عامة - ويقصد بالغير هنا كل من لم يكن طرفا فى العقد، ولاخلفا عاما أو خاصا له، ولا دائنا لأحد أطرافه.

بيد أن الخلف العام قد يكون من الغير، ومن ثم لاتنصرف إليه أثار العقد الذى أبرمه سلفه، وذلك إذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض موته، فلايسرى هذا التصرف فى حقه باعتباره وصية[1].

كما قد يكون الخلف الخاص من الغير أيضا، وذلك إذا كان التصرف الذى أبرمه سلفه غير سابق على انتقال الشىء إليه، ومن ثم لاتنتقل إليه آثار هذا التصرف، حيث قضى بأن العقود التى يبرمها السلف فى شأن الشىء المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف، فإن الأخير يعتبر - والحالة هذه - من الغير بالنسبة إليها، ولايسرى أثرها عليه[2].

فالغير إذن هو ماعدا العاقدين وخلفهما - بحسب الأصل - ودائنيهما، وهو مايطلق عليه لفظ الغير الأجنبى أصلا عن العقد، هذا الغير لاتنصرف إليه آثار العقد،

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٦/٧/١٦ (مجموعة احكام النقض س ٢٧ رقم ٢٦٥ ص ١٣٩١).

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٩/٢/٢١ (طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ قضائية) مشار إليه فى: السنهورى، المرجع السابق ص ٧٤٥ هامش (٢).

مادام بعيدا عن دائرة التعاقد، فالصلح الذى يبرمه الدائن مع أحد الورثة لايسرى فى حق بقية الورثة، باعتبارهم من الغير، والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع، لايقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة،وبيع ملك الغير لايسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفا فى العقد[1].

ومعنى أن أثر العقد لاينصرف إلى الغير - بمعناه السابق - أن العقد لايضر ولاينفع الغير، وبمعنى آخر فإن هذا العقد ينبغى ألا يضر ولاينفع غير عاقديه وخلفهما. فلو أبرم عقد بيع، واتفق البائع والمشترى على عرض مايقوم بينهما من منازعات - بشأن تنفيذ هذا العقد - على التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء، ثم قام البائع بالتعاقد مع شركة نقل لتوصيل المبيع إلى المشترى، فإن شرط التحكيم المنصوص عليه فى عقد البيع لايمتد أثره إلى الناقل، لأنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد[2].

وإذا كانت القاعدة هى أن العقد لايضر الغير، إلا أنها ليست مطلقة، فيرد عليها بعض الاستثناءات أملتها اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل. فالعقد قد تنصرف آثاره إلى الغير بحكم القانون وبغير إرادة المتعاقدين، وذلك استثناء من الأصل العام. فالمؤجر يرجع بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن (م ٥٩٦ مدنى)، كما أن الصلح مع التاجر المفلس يسرى على جميع الدائنين حتى من لم يوافق منهم عليه، كذلك العقد الصادر من الوارث الظاهر يسرى على الوارث الحقيقي، بالرغم من كونه من الغير، وذلك استقرار للتعامل.

غير أن هذه الحالات ونحوها لاتتقرر إلا بنصوص خاصة، ولذا كانت استثناء فى أضيق الحدود، والأصل العام أن الغير لاتنصرف إليه أثار العقود، سواء بالنفع أو بالضر ولذا فإن فكرة التعهد عن الغير قد توحى بأنها خروج عن هذا الأصل، وأنها استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن العقود لاتضر ولاتنفع غير عاقديها، الأمر الذى يتعين علينا دراسة آثار هذه الفكرة لنقف على حقيقة وضعها، وعما إذا كانت وفق

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٤٦ ومابعدها.

(٢) راجع مؤلفنا، الوجيز فى مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٣٦ فقرة ١١٣

القاعدة العامة أم أنها استثناء عليها.

ولكن يلاحظ أن عدم انصراف آثار العقد إلى الغير لايمنع من إمكان الاحتجاج بهذا العقد على الغير، فالغير وإن كان لايلتزم بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه، إلا أنه لايستطيع إنكار وجود العقد كظاهرة اجتماعية، ولا أن ينكر الآثار التى ترتبت عليه فيما بين عاقديه، ولا أن يتدخل لعرقلة تنفيذ هذه الأثار، وبناء على ذلك يلتزم أصحاب الأعمال باحترام عقد العمل الذى يبرمه أحدهم مع عامل بحيث إذا ساعد أحدهم هذا العامل على الاخلال بالتزامه الناشيء عن عقد العمل، كما لو حرضه على ترك العمل مثلا، أو حرضه على إفشاء اسرار رب العمل، فإنه يكون مخطئا ويلتزم بتعويض الضرر الناشيء عن خطئه بالرغم من كونه من الغير[١].

وغنى عن البيان أن عدم انصراف آثار العقد إلى الغير هو القاعدة المعمول بها في الفقه الاسلامى أيضا، فلاينصرف إلى الغير – فيه – آثار العقد الذى أبرمه المتعاقدان، لاالتزاما ولاحقا. وإذا كان الفقه القانونى يجيز استثناء انتقال آثار العقد إلى الغير، إذا اكسبته حقا، كما فى الاشتراط لمصلحة الغير، فإن الفقه الاسلامى لايجيز انتقال آثار العقد إلى الغير، لاحقا ولا التزاما. وإن كان لنا تعليق على ذلك فى المبحث الثالث بمشيئة الله تعالى. بعد عرض أثار التعهد عن الغير والذى تخصص له المطلب التالى:

المطلب الثانى

آثار التعهد عن الغير

تمهيد وتقسيم:

التعهد عن الغير عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له، وهو فى حد ذاته عقد صحيح إن توافرت فيه أركان وشروط صحة العقد المطلوبة لسائر العقود، وبالتالى ينتج أثره بين المتعاقدين وخلفهما ودائنيهما، وكذا بالنسبة للغير فى الحدود السابق ذكرها.

ولما كان التعهد عن الغير لايلزم هذا الغير فى كل من الفقه الاسلامى والقانونى، فإن آثار هذا التعهد تتوقف على مايتخذه الغير من قرارات فى مواجهة العقد المتعهد

(١) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٦٣ هامش (١).

به. والغير – بصفة عامة – حر فى قبول هذا التعهد أو رفضه، ولكل حالة من هذه آثارها المترتبة عليها. ويمكن القول بأن التعهد عن الغير – بالنسبة إلى أثره – عقد ملزم لجانب واحد، هو المتعهد [١]، إذ يحمله بالتزام معين، هو أن يجعل الغير (المتعهد عنه) يقبل الأمر المتعهد به. وهذا كل ماينتجه عقد التعهد عن الغير من آثار، ولايوجد فيه أدنى خروج عن قاعدة نسبية أثار العقد، إذ هو لايولد الالتزام إلا على أحد عاقديه ولمصلحة المتعاقد الآخر، أما الغير المتعهد عنه فهو لايتأثر اطلاقا بنتيجة هذا العقد. فهو لايضار به أبدا، وتبقى له الحرية كاملة فى أن يقبل العقد المتعهد به أم لا، وإن كان سلوكه هذا يؤثر بالضرورة فى مسئولية المتعهد، حيث أنه يعتبر قد أدى أو لم يؤد التزامه. ولذا يمكن تناول أثار التعهد بتفصيلا فى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حالة قبول الغير للتعهد.

إذا قبل الغير التعهد، فإن المتعهد يكون قد وفى بالتزامه وبرئت ذمته تجاه المتعاقد معه، وينشأ عن هذا القبول عقد جديد بين المتعهد والغير. ولذا يمكن تناول هذه الحالة فى العلاقات الآتية:

أولاً: علاقة المتعهد بالمتعاقد معه (المتعهد له).

يلتزم المتعهد تجاه المتعاقد معه بالقيام بعمل معين، هو حمل الغير على قبول التعهد، ويعتبر التزام المتعهد فى هذه الحالة التزاما بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية. فإذا نجح المتعهد فى حمل الغير على قبول الالتزام المتعهد به فإنه يكون قدوفى بالتزامه، وبالتالى لامحل لمسئوليته حينئذ[٢].

والقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ومثل القبول الضمنى أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد، والقبول تصرف قانونى، فيشترط فيه مايشترط فى التصرفات القانونية عموما من أهلية لازمة لمباشرة هذه التصرفات، ولايشترط فيه شكل خاص إلا إذ نص القانون على ذلك كما فى الرهن الرسمى والهبة[٣].

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٨٧.

(٢) لايغير من الوضع شىء أن يتقاعس المتعهد عنه فيما بعد عن أداء التزامه تجاه المتعهد له، فالمتعهد ليس كفيلا للمتعهد له فى تنفيذ المتعهد عنه للالتزامه (راجع: الفرق بين التعهد عن الغير والكفالة).

(٣) د. السنهورى ،المرجع السابق، ص ٧٥٤.

ويعتبر التعهد عن الغير ايجابا معروضا على هذا الغير، وبالتالى فإنه بقبوله هذا يكون قد قبل هذا الايجاب، ومن ثم تنشأ علاقة جديدة بين المتعهد عنه (الغير) وبين المتعهد له (المتعاقد مع المتعهد) هذه العلاقة يمكن توضيحها فيمايلى:

ثانيا: علاقة المتعهد عنه بالمتعهد له.

يعتبر المتعهد عنه من الغير، بل هو الغير نفسه، ولذا لاتنصرف إليه آثار التعهد كقاعدة عامة، وبصفة خاصة لايلتزم بأى التزام ناشىء عن هذا التعهد، لأنه لم يكن طرفا فيه، عملا بقاعدة نسبية آثار العقد - السابق ذكرها - ، غاية الأمر أن التعهد ينشىء للغير رخصة، فيكون له أن يقبل التعهد أو أن يرفضه. فإذا قبله، فإنه يصبح بمقتضى هذا القبول ملتزما فى مواجهة المتعاقد مع المتعهد، وبالتالى ينشأ بينهما عقد جديد، ومصدره قبول الغير للتعهد، هذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولا بين المتعهد والمتعهد له، ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد، ومن حيث الالتزامات الناشئة، ومن حيث الوقت الذى تم فيه كل منهما.

فمن حيث الاطراف: نجد أن العقد الأصلى (الأول) طرفاه المتعهد والمتعاقد معه. فى حين نجد العقد التبعى (الثانى) طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير. فهناك طرف مشترك فى العقدين هو المتعاقد مع المتعهد أو المتعهد له. أما الطرف الآخر فمختلف فى العقدين فهو المتعهد فى العقد الأول والغير فى العقد الثانى.

ومن حيث الالتزامات: نجد أن العقد الأول ينشىء إلتزاما بعمل فى ذمة المتعهد، هو حمل الغير على قبول التعهد.

فى حين ينشىء العقد الثانى إلتزاما فى جانب الغير، قد يكون محله نقل حق عينى أو عملا أو امتناعا عن عمل.

ومن حيث وقت تمام العقد: نجد أن العقد الأول يتم عند تلاقى الايجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه، فى حين لايتم العقد الثانى إلا عند صدور القبول من الغير، فليس للقبول هنا أثر رجعى، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد (م١٥٣/٢ مدنى).

وبهذا يتضح أن التزام الغير لايقوم إلا إذا قبل التعهد، ومن الوقت الذى قبله كاصل عام، واذا قام التزام الغير انتهى بالضرورة التزام المتعهد، إذ المتعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد[1].

الفرع الثانى: حالة رفض الغير للتعهد.

إذا رفض الغير أن يلتزم بمقتضى عقد التعهد، فإن المتعهد يكون قد أخل بالتزامه قبل المتعهد له، لأن رفض الغير يمنع من تحقيق النتيجة التى التزم المتعهد بتحقيقها، وبالتالى يعتبر إخلالا بالتعهد دون حاجة إلى اثبات أن المتعهد لم يبذل جهده فى اقناع الغير بقبول التعهد، وبالتالى تقوم مسئوليته وحده، ولاتتعدد العلاقات كما فى الحالة الأولى، حيث أن الغير لايكون مسئولا، لأن التعهد لم يرتب فى جانبه أى التزام[2].

ومتى قامت مسئولية المتعهد – نتيجة رفض الغير للتعهد – فإنه يلتزم بتعويض المتعهد له عن الضرر الذى لحقه من جراء هذا الاخلال بالتعهد وفقا لقواعد المسئولية العقدية. ولايتخلص المتعهد من التزامه العقدى هذا إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبى، ولايعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سببا أجنبيا إلا إذا كان فى حالة لايستطيع معها الغير أن يصدر عنه قبول بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد، كما لو فقد أهليته، أو تحققت غيبته مدة طويلة من الزمن يصعب معها بقاء المتعهد

---

(١) د. السنهورى المرجع السابق، ص ٧٥٥ ومابعدها، د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٧١ ومابعدها، د. عبد الرازق فرج، المرجع السابق، ص ٢٨٦. وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أن «الواعد يتحلل من التزامه بمجرد إقرار الغير له... ويترتب على الاقرار أن يصبح الغير مدينا مباشرة للعاقد الآخر...» وفيها أن الاقرار يقوم مقام القبول سواء بسواء بالرغم من الخلاف الحقيقى بينهما فى هذا الموضع بالذات. إذ الآقرار يعنى التسليم بما جاء بالعقد الأول دون تعديل أو تغيير فى حين يتيح القبول إنشاء عقد جديد بشروط جديدة، قد تعد أو تغير من شروط العقد الأول، وهذا هو الراجح فى فكرة التعهد عن الغير – كما سبق فى المبحث الأول. (مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢، ص ٣٠٦.

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ (مشار إليه د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٥٦ هامش (٢)) ، مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق.

على تعهده[1]. فإذا لم يستطع المتعهد اثبات السبب الأجنبى كان مسئولا، ووجب عليه إذن تعويض المتعاقد معه وفقا لقواعد المسئولية العقدية، على أن يقدر هذا التعويض طبقا للقواعد العامة (م ٢/٢٢١مدنى).

وقد أجاز القانون للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به (م ١/١٥٣ مدنى) وذلك إذا كان تنفيذه ممكنا، ولم يكن متصلا بشخص الغير. فإن كان تنفيذ الالتزام مستحيلا أو متصلا بشخص المتعهد عنه، فإنه يلزم فقط بالتعويض وفقا للقواعد السابقة. ولايجوز إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام بنفسه وإن كان ممكنا ولم يتصل بشخص الغير، فهذه رخصة أعطاها القانون له كالرخصة التى أعطاها القانون للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه.

وغنى عن البيان أن هذه الأثار لاتترتب فى نظر فقهاء المسلمين، لأن صورة التعهد عن الغير بهذه الكيفية ليس شائعة عندهم، والشائع عندهم الفضالة، أو تفريق الصفقة، أو تعويض المتعاقد مع المتعهد إذا كان هناك تغرير له. وهو ماسنعرض له تفصيلا فى كلامنا عن اشكالات التعهد عن الغير فقها وقانونا، وذلك فى المبحث التالى بمشيئة الله تعالى. لذا نرجىء الكلام عن هذه الآثار إليه.

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٥٧.

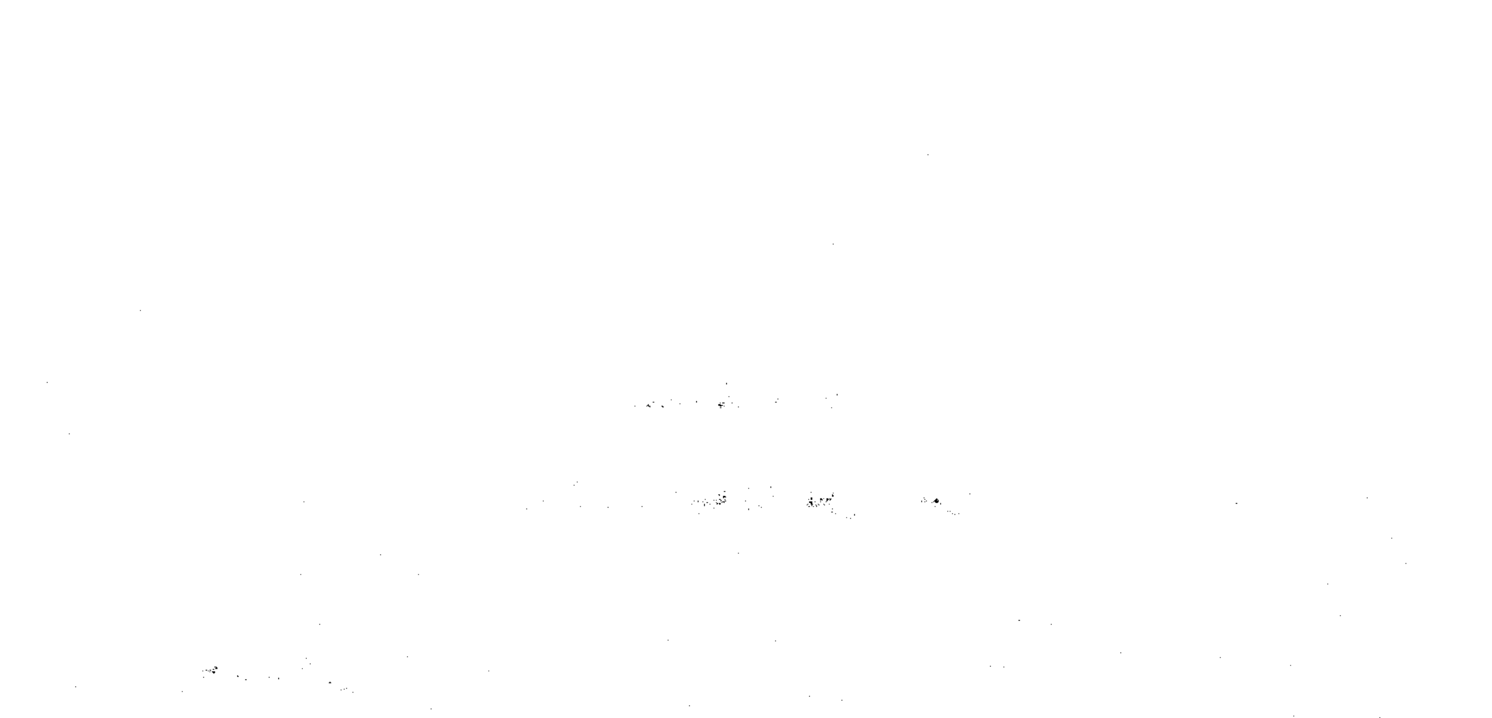
المبحث الثالث

اشكالات التعهد عن الغير

ويحتوى على مطلبين :

المطلب الأول: اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه القانونى.

المطلب الثاني: اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه الإسلامى.



المبحث الثالث

اشكالات التعهد عن الغير

تمهيد وتقسيم:

تثير فكرة التعهد عن الغير - بمضمونها السابق - كثيرا من التساولات، التى تحتاج إلى توضيح وتعليق سواء فى ذلك فى الفقه القانونى أم فى الفقه الاسلامى.

ففى الفقه القانونى: نجد أن الغير حتى لو قبل عملية التعهد فإن كثيرا من الاشكالات تثار، منها على سبيل المثال فكرة الأثر الرجعى للقبول، ومدى اعتبار القبول إقرارا أم إيجازا...... وغيرها. وإذا كان هذا فى حالة القبول، فإن اشكالات الرفض أكثر .مما يستوجب علينا الوقوف أمام هذه الاشكالات لتوضيحها والتعليق عليها، وايراد مقترحاتنا بشأنها، خاصة فى حالة الرفض وبيان مدى الزام الغير بعملية التعهد إن جاز لنا أن نلزمه، وهذا كله مايستبين لنا بوضوح عند مناقشة هذه الاشكالات.

أما فى الفقه الاسلامى، فنجد أن فقهاء المسلمين لم يتعرضوا صراحة لهذه الفكرة - بهذا المضمون السابق- وإنما تناولوا الفكرة بما يشابهها، حيث اعتبرها الفقهاء فضالة من جانب المتعهد، ومن ثم تنطبق عليه احكام الفضالة، أو هى عندهم نوع من الوعد غير الملزم عند جمهور الفقهاء، وإن كان يكره عدم الوفابه، لأن خلف الوعد من علامات النفاق، أو يمكن عرض فكرة التعهد عن الغير بمضمونها السابق فى الفقه القانونى على قواعد الفقه الاسلامى[1]، فيكون اتفاقا صحيحا - كما فى الفقه القانون -. فإذا قبل الغير التعهد فلا إشكال، ويتعاقد الغير عندئذ مع من تعاقد مع المتعهد، أما إذا لم يقبله فهنا قد يثبت خيار تفريق الصفقة - إن تحققت شروطه

(١) يمكن ذلك باعتبار أن العقود فى الفقه الاسلامى لم ترد على سبيل الحصر.

– كما قد يعتبر التعهد تغريراً يستوجب الضمان – إذ اقتضى الأمر ذلك –. كل هذه الاشكالات فى حاجة إلى توضيح وتعليق. ومن ثم فإنى أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين مستقلين:

المطلب الأول: اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه القانونى.

المطلب الثانى: اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه الاسلامى.

المطلب الأول

اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه القانونى

تمهيد وتقسيم:

التعهد عن الغير كثير الوقوع فى الحياة العملية، فحيث يتعذر الحصول على رضاء ذوى الشأن، فإنه قد يتعهد شخص بالحصول على هذا الرضا. كأن يتصرف شركاء فى المال الشائع ويكون أحدهم قاصرا أو غائبا، ويخشون ضياع الصفقة فى حالة الانتظار، خاصة إذا كان مربحة، فإنه يجوز للحاضر من الشركاء أو البالغ منهم أن يبرم التصرف عن الصفقة برمتها أصيلا عن نفسه ومتعهدا عن غيره (الغائب أو القاصر). وكأن يتجاوز الوكيل حدود الوكالة فى حالة لم يستطع معها الحصول على اذن من الموكل، فيتعهد للمتعاقد معه علي موافقة الأصيل على التصرف الذى أجراه، مجاوزا به حدود وكالته، وكان يتصرف أخ في مال أخيه المملوك لهما على الشيوع أصيلا عن نفسه ومتعهدا عن أخيه بقبول هذا التصرف.

مثل هذه الأمثلة هى الشائعة عملا فى فكرة التعهد عن الغير، وبالتالى فإن بحثنا فى اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه القانونى يكون فى نطاق هذه الأمثلة، لنرى مدى امكانية الزام الغير فى هذه التصرفات.

هذه الاشكالات التى تعترى فكرة التعهد عن الغير، لم تقتصر فقط على حالة رفض الغير للتعهد فحسب، بل تتعداها إلي حالة قبول الغير للتعهد، حيث توجد جملة من الاشكالات، حتى فى حالة موافقة الغير على قبول التعهد، ومن ثم فإن مناقشة اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه القانونى تتناول حالتى موافقة الغير على التعهد، ورفض الغير للتعهد. مما يستدعى ضرورة بحث كل حالة على حدة، ولذا فإننى سأتناول هذا المطلب فى فرعين مستقلين على النحو التالى:

الفرع الأول: حالة قبول الغير للتعهد.

إذا قبل الغير التعهد الذى قام به المتعهد تجاه المتعهد له، فإن عقدا جديدا يقوم بين المتعهد له والغير بمقتضى هذا القبول، وعلى الرغم من قيام هذا العقد، وانتهاء التزام المتعهد، إلا أن جملة من الاشكالات تعترض عملية القبول يمكن توضيحها فيما يلى:

أولا: فى حالة قيام عقد جديد بين المتعهد له والغير، الذى قبل التعهد، يثور التساؤل عن ماهية هذا العقد، وهل هو نفس العقد المبرم بين المتعهد والمتعهد له، أم غيره. فإن كان نفس العقد، فهل هناك مايمنع ذلك، وإذا لم يكن ثمة مانع، فهل القبول فى هذه الحالة يعد اقرارا أم ايجازا، وهل يعد ذلك إحلالا شخصيا تم بين المتعهد والمتعهد له، وفيه حل المتعهد محل المتعهد له فى الوفاء بالالتزامات المترتبة على عملية التعهد. وإذا كان لابد من قيام عقد جديد، فما الحكم لو تصرف المتعهد له بمجرد القبول فى الشىء محل التعهد، وعلى من تقع تبعة الهلاك حينئذ؟.

كل هذه أمور تحتاج إلى إيضاح وتعليق، ويمكن لنا بداية أن نقرر بأن القواعد العامة لفكرة التعهد عن الغير لاتمنع من أن يكون القبول منصبا على ذات العقد أو التصرف المبرم بين المتعهد والمتعهد له، بحيث يلتزم الغير بنفس الالتزامات الواردة بعقد التعهد. وخاصة إذا كان المتعهد ذو صلة وثيقة بالغير، كما فى الأمثلة السابقة التى تعهد فيها شريك عن شريكه، أو وكيل عن موكله، أو أخ عن أخيه. ففى مثل هذه الأمثلة يتولد لدى المتعهد له ايحاء بأن عملية القبول آتية لاريب فيها من جانب الغير (المتعهد عنه)، ومن ثم يتم الاتفاق على كافة تفاصيل التصرف المراد الزام الغير به.

ولعل فى هذا استقرار للمعاملات، بل لعل هذا من أسباب دعوتنا إلى جعل الغير

يلتزم بما لم يلزم به نفسه، وليس في هذا افتيات على مبدأ سلطان الاراة التى تسود جل العقود فى عصرنا الحاضر. فالمشرع يعمل دائما على فرض استقرار التعامل بين المتعاملين، ولذا أجاز انصراف الالتزام فى حق الوارث الحقيقى، إذا تم التصرف لوارث ظاهر، وذلك استقرار للمعاملات.[1]

وإذا كانت فكرة التعهد عن الغير لاتمنع من أن ينصرف قبول الغير إلى ذات التصرف الذى أبرمه المتعهد، فإن القبول فى هذه الحالة يكاد يتفق إلى حد كبير مع الأجازة، كما فى إجازة المالك الحقيقى في حالة بيع ملك الغير، وكما فى أجازة الموكل لتصرفات الوكيل التى تجاوز بها حدود وكالته. وهنا يختلط قبول الغير للتعهد بإجازة المالك فى الحالات السابقة بالرغم مابينهما من خلاف. ولكن الحقيقة أن قبول الغير للتعهد يكون بمثابة إقرار له لا اجازة، ولو انصرف هذا الاقرار إلى ذات العقد أو التصرف الذى أبرمه المتعهد بكل تفاصيله، وذلك لأن الاجازة تعنى ضمنا أن المتعهد تصرف باعتباره نائبا عن الغير، كما فى حالة الوكالة، أو تصرف باعتباره فضوليا، كما في حالة بيع ملك الغير، فى حين أن القبول في حالة التعهد لايعنى شيء من ذلك، فالمتعهد عن الغير لايعتبر نائبا عن هذا الغير، كما لايعتبر فضوليا، وقد بينا ذلك تفصيلا فى المبحث الأول. ومن ثم لم يتبق لنا إلا القول بأن قبول الغير للتعهد ليس إلا إقرار له، وهذا مايجعلنا نلغى بدورنا فكرة الحلول الشخصية بين المتعهد والمتعهد له. فالمتعهد لايحل محل المتعهد له فى المطالبة بالوفاء بالالتزامات التى انصرفت إلى ذمة الغير بقبوله التعهد، إذ الفرض أن المتعهد لم يقم بالوفاء أصلا، حيث تبرأ ذمته بمجرد قبول الغير للتعهد، كأثر من آثار عملية التعهد عن الغير – كما قدمنا – وليس هناك تضامن بين المتعهد والغير حتى يجيز للمتعهد أن يوفى ويحل محل الدائن فى المطالبة بماوفاه، حلولا شخصيا، وحيث أن الحلول لايكون

---

(١) د. السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، ج٥ ص ٤٦ ومابعدها، وللمولف نفسه، الوسيط، ج١ ص ٧٤٨، د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٨٥.

إلابنص فى القانون أو باتفاق بين الطرفين[1] ولم يوجد نص يقضى بذلك، وليس هناك اتفاق بين الطرفين على ذلك. فضلا عن أن الحلول سواء كان قانونيا أو اتفاقيا لايكون إلا فى حالة الوفاء[2] ، ولم يقم المتعهد بالوفاء حتى يحل محل المتعهد له فى مطالبة الغير بما وفاه، فكل ماقام به هو التعهد ليس إلا.

هذا كله إذا كان القبول منصرفا إلى ذات التصرف الذى أبرمه المتعهد، فإن كان ولابد من قيام عقد جديد - بمجرد القبول - بين المتعهد له والغير، فإن هذا العقد الجديد يقوم بمجرد القبول، حيث يكون التعهد ايجابا معروضا وفى حاجة إلى قبول هذا الايجاب من الغير فإذا قبل يكون العقد قد انعقد صحيحا[3] . فالغير بقبوله التعهد قد جعل نفسه بإرادته طرفا فى العقد الجديد، فلم يعد أجنبيا عنه[4]، وطالما انعقد العقد بمجرد قبول الغير. للتعهد فإن أى تصرف يقوم به المتعهد له يكون صحيحا، ولو لم يتم الاتفاق على كافة تفاصيل العقد الجديد، إذا أنه يكون تصرفا فيما يملك، خاصة اذا انتقل إليه الشىء المتصرف فيه محل التعهد، على أن يكون هذا التصرف فى حدود ماسيؤل إليه بالعقد الجديد، فإن تجاوز ذلك فإنه يسرى عليه مايسرى على تصرف الشريك فى حصة من مال شائع لم تكن ضمن نصيبه بعد القسمة، حيث يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه - بعد القسمة - منذ أن تملك فى الشيوع، وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص (م٨٤٣مدنى) ، وذلك حماية

---

(١) م ٣٢٩ مدنى ويقابلها: م ٣١٧ ليبى، ٣٢٩ سورى، ٣٨٢ عراقى، ٣١٥ لبنانى، ٣١٨ كويتى، ٣٠٦ سودانى.

(٢) راجع حالات الوفاء مع الحلول: د. اسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، ج ٢ ص ٣٩٤ ومابعدها، د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ١٩٩٧، ص ٣٤٣ - ٣٤٩.

(٣) د. العطار، المرجع السابق، ص ١٩٨، م/ أنور العمروسى، المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٤) د. اسماعيل غانم فى النظرية العامة للتزام، ج١، ص ٣٦٣ ومابعدها.

للشريك المتقاسم من التصرفات التي يجريها بقية الشركاء[1] فتصرف المتعهد له في هذه الحالة يعتبر تصرفا فيما آل إليه من عقد التعهد، ولو جاوز ماكان سيؤل إليه، إذ بمقتضى العقد الجديد المبرم بمجرد قبول الغير للتعهد يصير ما تصرف فيه المتعهد له من جملة نصيبه ومن ثم يكون صحيحا، على أن تتم تسوية الأوضاع بينه وبين الغير في حالة تجاوزه لحدود ماسيؤل إليه.

وإذا كان تصرف المتعهد له في هذه الحالة صحيحا، حيث يوجد مايبرر له صحة التصرف، فإن هلاك الشئ محل التصرف تقع تبعة هلاكه على المدين كقاعدة عامة، فإن هلك تحت يد المتعهد له كانت تبعة الهلاك عليه، وإن هلك تحت يد الغير دون تقصير من المتعهد له بتسلمه، كانت تبعة الهلاك على عاتق هذا الغير، حيث تطبق القواعد في هذا الشأن، لعدم وجود مايبرر الخروج عليها[2].

نخلص من ذلك إلي أن قبول الغير للتعهد قد يرد على ذات التصرف المبرم بين المتعهد والمتعهد له، حيث لايوجد مانع من ذلك، كما قد يرد - وهذا هو الأصل - على التصرف الجديد المبرم بين المتعهد له والغير، وهذا القبول يوصف بأنه إقرار لا إيجاز، ومن ثم لايرتب حلولا شخصيا بين المتعهد (المدين) والمتعهد له (الدائن) في عقد التعهد الجديد بين المتعهد له والغير. ولهذا فإن هذا العقد الجديد يتم بمجرد القبول، ومن ثم تكون تصرفات المتعهد له في الشيء محل التعهد تصرفا صحيحا، حيث لاغبار عليه في ذلك، إذا أنه يتصرف فيما يملك لا باعتباره فضوليا أو نائبا. ولهذا فإن القاعدة العامة لتبعة الهلاك هي التي تسرى في شأن هذا العقد الجديد - وذلك على نحو ما اسلفنا -.

---

(١) راجع في تبرير الأثر الرجعي للقسمة: رسالتنا؛ الحيل في القانون المدني ١٩٩٢ ص ٤٤٩ - ٤٥٢.

(٢) انظر في تحمل تبعة الهلاك: د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٩، د. العطار، المرجع السابق، ص ٢٤١، كتابنا، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٨٢ فقرة ١٤٤.

ثانيا: تثير فكرة الأثر الرجعى لقبول الغير للتعهد كثيرا من الجدل، ربما يكون نص القانون قد حسم جزءا كبيراً منه، ولكن يبقى مع ذلك اشكالات عملية الأثر الرجعى قائمة.

فالقانون يقضى بأنه إذا قبل الغير التعهد، فإن قبوله لاينتج أثرا إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد (م٢/٥٣ مدنى). ومعنى هذا أن القانون جعل القاعدة هى عدم سريان الالتزام المتعهد به بأثر رجعى، وجعل الاستثناء عليها هو سريان هذا الالتزام بأثر رجعى، وأقام قرينة على وجود الأثر الرجعى هى قصد الغير صراحة أو ضمنا الرجوع إلى الماضى (وقت التعهد).

بيد أن فكرة الاثر الرجعى هذه - ولو كانت استثناء من القاعدة العامة - يكتنفها كثير من الغموض، حيث توجد بعض التصرفات لابد فيها من الأثر الرجعى لقبول الغير للتعهد، ولو لم ينوه الغير صراحة أو ضمنا، كما لو كان التصرف واقعا على شىء لايقبل التجزئة بحال من الأحوال، وتم التصرف فيه كاملا إلى المتصرف إليه بل وتسلمه، فلايعقل والحالة هذه أن يكون قبول الغير للتعهد لايسرى أثره إلا من وقت القبول، فالأثار قد سرت بالفعل، وأنتج التصرف آثاره فى مواجهة عاقديه، بحيث لو رفض المتعهد عنه فكرة التعهد، ماكان لنا من سبيل إلا اللجؤ إلى تعويضه من قبل المتعهد، وبهذا لايتصور أن يكون قبوله ذو أثر فورى، بل لابد من رجوعه إلى تاريخ التعهد.

وعلى العكس من ذلك توجد بعض التصرفات التى لاتقبل الأثر الرجعى بحال من الأحوال، كما لو باع الشريك نصيبه المفرز وتعهد بقبول شريكه لهذا البيع وبذات الشروط، فإن هذا البيع يسرى فى حق الغير منذ لحظة قبوله دون حاجة إلى القول برجوعه إلى وقت التعهد ولو نواه الغير صراحة أو ضمنا، إذ لافائدة من هذا الرجوع

عملا، حيث أن المتعهد قد أنهى مع المتعهد له كافة تفاصيل التصرف، سواء قبل الغير التعهد آجلا أو عاجلا، فلن يغير هذا القبول من الأمر شيء.

يضاف إلى ذلك أن كون قبول الغير للتعهد يكون بأثر رجعي من وقت التعهد معلقا بمشيئة الغير، أو رهن نيته الصريحة أو الضمنية فيها من التحكم مافيها، حيث يستطيع هذا الغير أن يضر بمصالح المتعاقد مع المتعهد أو بمصالح المتعهد نفسه، باحثا من وراء ذلك إلى تحقيق مصالح خاصة ماكان يستطيع الوصول إليها بغير تحكمه في عملية رجوع أثر قبوله إلى الماضي، أو عدم رجوع ذلك، حسب ماتملي عليه مصلحته في ذلك.

هذا فضلا عن أن فكرة الأثر الرجعي في حد ذاتها قائمة على الافتراض المحض، وهو في حد ذاته كذب على الواقع وتزوير له[1] أو هو كذب فني تقتضيه الضرورة، على حد تعبير الفقيه الالماني اهرنغ Ihering[2]، ولهذا فقد ذهب البعض إلى رفض فكرة الأثر الرجعي من أساسها، بالنسبة لكل من القسمة والبطلان والفسخ، فهي في نظرهم لالزوم لها، ويغني عنها الأثر الكاشف للقسمة بمفهومه الحديث، وهو في نظرهم يتفق وطبيعة القسمة، فلاينطوي على ثمة افتراض، ويحقق الحماية المقصودة للمتقاسم[3] ولذا فقط طالب بعضهم بالغاء نص المادة ٨٤٣ القائمة على افتراض أن

---

(١) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ١٩٨٥، ص ٤٠١، د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية ١٩٧٨.

(٢) مشار إليه في: د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني، رسالة، فقرة ٦٤، ولذا يعبر عنه سيادته بأنه «الباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع، لتحقيق أثر قانوني معين ماكان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب» راجع سيادته في: المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٠، دار الكتاب العربي، ص ١٧٦.

(٣) راجع في نقد فكرة الأثر الرجعي للقسمة: د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الإفتراض ودوره في تطور القانون، ١٩٨٠، ص ٩٩ - ١٠٨، وانظر في نقد الاثر الرجعي للقسمة على وجه خاص: د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط ٢ (١٩٦١)، ص ٣٠٥ فقرة ١٣٢، ١٣٣.

الشريك المتقاسم الذى آل إليه جزء مفرز من المال يعتبر أنه يملك هذا الجزء منذ بدء الشيوع[1] بينما طالب البعض الآخر بتعديلها بما يبرز الآثر الكاشف، وينفى الترادف المزعوم بينه وبين الأثر الرجعى[2].

وإذا كانت هذه هى آراء الفقهاء بالنسبة لفكرة الأثر الرجعى فى القسمة وكذا البطلان والفسخ، فإننا لانعدم هذه الآراء أيضا فى قبول الغير للتعهد، وأن القول برجوع آثاره إلى وقت التعهد لم يسلم من النقد[3] ولو كان هذا الرجوع استثناء من القاعدة العامة.

ولقد حاول البعض جاهدا أن يبقى على فكرة الأثر الرجعى لقبول الغير للتعهد، بما يتمشي مع العقل والمنطق. فذهب إلى وجوب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون موضوع التعهد واقعا على أمر مستقبل. كما لو تعهد شخص بالحصول على رضا فنان معين بإحياء حفلة أو برسم لوحة – ففى هذه الحالة – وأمثالها – لايكون لقبول الغير للتعهد أثر رجعى، فهو ينتج أثره من تاريخ القبول فقط.

الفرض الثاني: ان يكون موضوع التعهد أمرا ماضيا. ويكون ذلك غالبا عندما يكون التعهد تابعا لعقد آخر كالقسمة أو الشركة مثلا. ففى هذه الحالة يكون لقبول الغير للتعهد أثر رجعي يستند إلى تاريخ التعهد، لأن هذا هو مايتفق مع قصد ذوى الشأن، وهذا – على حد تعبيره– هوالتفسير المنطقى لنص المادة ٢/١٥٣ من القانون المدنى.[4]

---

(١) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق.

(٢) د.حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط٢ (١٩٦٥) ص ٥٤٩ هامش (١).

(٣) انظر فى نقد فكرة الأثر الرجعى لقبول الغير للتعهد: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٣٧٩ فقرة ٣٤٢.

(٤) د. عبد المنعم البدراوى، نظرية العقد والادارة المنفردة، فقرة رقم ٣٦٢.

ولو سلمنا بضرورة بقاء الأثر الرجعى وأنه - وإن كان افتراض محض - يحل كثيرا من المشاكل القانونية، فلا نسلم بضرورة تحكم ذوو الشأنه فى مصيره، فإن ادعى الغير أنه ينوى رجوع آثار قبوله إلى الماضى رجع وإلا فلا ، فهذا غير منطقى، ولو سلمنا بهذا أخيرا فإنه يجب أن يكون رجوع أثر قبول الغير للتعهد إلى الماضى مشروطا بألا يضر من كسب حقا من الغير قبل القبول بحسن نية. فلو تعهد شخص لآخر بأن يجعل ثالثا (الغير) يقبل بيع منقول مثلا. وقبل أن يقبل هذا الغير عملية التعهده هذه، كان قد باع نفس المنقول إلى آخر، ثم قبل التعهد بعد ذلك. فالفرض فى هذه الحالة أن المتصرف إليه الأخير حسن النية، لايعلم بتعهد الشخص الأول، ومن ثم يجب ألا يضار من عملية التعهد هذه، وبالتالى فإنه حتى لو صدر قبول من الغير للتعهد، فلايكون لهذا القبول أثر رجعى، حتى لايمس بحق المشترى الذى اشترى فى الفترة بين التعهد والقبول[1]. وبالنسبة للغير الذى صدر منه قبول بالتعهد فينظر فيه، إذا كان حسن النية لايعلم بعملية التعهد هذه فإن قبوله يعتبر قد صدر فى غير محل يعتد به، ويقوم المتعهد فى هذه الحالة بتعويض المتعاقد معه، أما إذا كان سيء النية بأن كان يعلم بالتعهد، ومع ذلك لم يرفضه ولم يقبله، ثم باع المنقول وأراد أن يضفى على تصرفه هذا صفة المشروعية فأصدر قبولا بعد ذلك، فإنه هو نفسه الذى يتحمل تعويض المتعاقد مع المتعهد[2]، لأنه كان بإمكانه ألا يقبل، هذا كله حتى لايضار من تصرف إليه المتعهد له من الغير حسن النية.

نخلص من ذلك إلى أن فكرة الأثر الرجعى التى نص عليها القانون المدنى، فكرة لاتستقيم فى كل الأحوال. فضلا عن أن المشرع جعل فيها أمرا تحكميا فى يد الغير، له أن يقرها أو ينفيها متى شاء وكيف شاء دون ضابط فى ذلك يضبط المسألة ضبطا دقيقا. ومع التسليم فإننا وجدناها أخيرا يجب أن تكون مشروطة بعدم الحاق الضرر بالغير الذى اكتسب حقا على الشيء محل التعهد بحسن نية.

---

(١) د. منصور مصطفى منصور، مصادر الالتزامات ، ص ١٤٨.

(٢) إذ كان يجب عليه اخطار المشترى بعملية التعهد حتى يكون على بينة من أمره.

ثالثا: إن قبول الغير للتعهد لايعفيه من المسئولية إذا ماقام بعمل غير مشروع تجاه طرفى التصرف المتعهد فيه، حيث يلزم بالتعويض، إذا ما وقع منه تدليس لأحد طرفى التصرف المبرم بين المتعهد والمتعهد له،كما لو باشر وسائل احتيالية أوهمت المتعهد بغير الحقيقة، وجعله يتصرف بناء على هذه الوسائل. مثال ذلك لو أن شريكين فى مال أحدهما بالربع والآخر بالثلاثة أرباع التالية، فقال صاحب الربع لشريكه لو أردت بيع نصيبك سأقبل بيع نصيبى، بحيث يكون نتاج البيع مناصفة بيننا متذرعاً فى ذلك بأن بيع الثلاثة أرباع الجزء لا يأتى بربح مقصود دون بيع الربع الأخير معه، فى حين أن العكس هو الصحيح فلولا بيع الثلاثة أرباع، ماتم بيع الربع ولاكان له ثمن فى عملية البيع منفردا. فقام الثانى ببيع نصيبه كأصيل ومتعهدا عن شريكه صاحب الربع، فقبل هذا الأخير البيع. فإن ذلك لايعفيه من المسئولية وتعويض شريكه عن بقية نصيبه فى البيع وفقا لما يملكه كل منهما، بشرط أن يثبت التدليس الواقع عليه. وهذا من وجهة نظرنا تعديل لقواعد قبول الغير للتعهد. فالمتبادر إلى الذهن أن الغير يكون قد أسدى جميلا ومعروفا للمتعهد إذا ماقبل عملية التعهد هذه. وهنا نجد أن هدف القبول تحقيق مصلحة غير مشروعة، وبالتالى يكون مسئولا بالرغم من قبوله.

رابعا: وأخيرا نجد سؤالا هاما يطرح نفسه على بساط البحث وهو: هل يجوز أن تنتقل رخصة القبول من شخص إلى شخص، أى من الغير المتعهد عنه إلى غير آخر انتقل إليه الشيء محل التعهد. كما لو تعهد «أ» لـ «ب» أن يقبل «ج» ببيع ماله له، فى الوقت الذى كان «ج» قد باع نفس المال لـ «د» فهل يستطيع «د» أن يقبل التعهد باعتبار أنه أصبح من الغير أم لا؟ وبمعنى آخر هل تنتقل رخصة القبول من «ج» إلى «د».

أرى من وجهة نظرى أن شخصية الغير المتعهد عنه – غالبا – ماتكون محل

اعتبار لدى المتعهد، ومن ثم فإن تغييرها لايلزم المتعهد بما تعهد به، خاصة إذا تم تغييره دون علمه، وبالتالى فإن رخصة القبول فى هذه الحالة لاتنتقل، وهذا مايدعونا - أكثر من مرة - أن نلزم الغير بما تم التعهد به عنه، حيث الصلة الوثيقة والعلاقة القوية بين المتعهد والمتعهد عنه، هذه العلاقة هى التى تجعل المتعاقد مع المتعهد يقبل التعاقد بناء على هذا التعهد، ودون تردد، ظانا أن عملية القبول هذه أمر لامفر منه، وبالتالى فإن القول بعدم إلزام الغير - كما ذهب الفقه القانونى قاطبة - فيه من الضرر مافيه، سواء بالنسبة للمتعهد، أو بالنسبة لمن تعاقد معه إذا رفض الغير التعهد، فى الوقت الذى لانغفل فيه مصلحة الغير، حيث أننا نريد الزامه بما لايتعارض مع مصالحه، وبما لايلحق الضرر به، وهذا هو شرطنا فى الزام الغير، وهذه هى ضوابط الزامه الذى أقمنا هذا البحث من أجله.

أما لو كانت شخصية الغير ليست محل اعتبار لدى المتعهد، فإننا لانرى مانعا من انتقال رخصة القبول من غير إلى غير آخر، مادام المتعهد فى النهاية هو الذى يتحمل مصير رد هذا الغير -وفقا للقواعد والآثار القانونية السابقة.

وبهذا نكون قد عرضنا لبعض اشكالات التعهد عن الغير، حتى فى حالة موافقة الغير لعملية التعهد، وهى - كما مر - اشكالات وقتية لاتلبث أن تزول بقليل من التأمل والتدبر، فضلا عن أنها اشكالات فنية مطلوب من المشرع المصرى التدخل بحسم لعلاجها، وهو كما يبدو سهل ميسر، بأن نقيم ضابطا لالزام الغير بما تم التعهد به عنه، بالاضافة إلى تعديل نص المادة ٢/١٥٣ مدنى بما يتلاءم وثبات فكرة الأثر الرجعى للقبول دون اسناد ذلك إلى محض إرادة الغير.

الفرع الثانى: حالة رفض الغير للتعهد.

يقضى القانون المدنى بأن الغير حر فى قبوله التعهد أو رفضه، فإذا رفض الغير التعهد، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص

من التعويض، بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به (م ١٥٣/ ١ مدنى).

ويمكن القول بأن إجمالى الاشكالات التى توجد فى هذه الحالة مردها إلى عملية الرفض الصادرة من الغير للتعهد. فبالرفض يلزم المتعهد بتنفيذ تعهده إما عينا أو تعويضا، وقد يكون لذلك مايبرره وهو أن المتعهد أراد أن يلزم غيره بغير إرادته، ولكن الحقيقة أن عملية التعهد هذه لاتصدر إلا عن شخص يثق جيدا بالمتعهد عنه (الغير)، وذو صلة قوية به لدرجة أنه يقوم بهذا التعهد وكأنه قد ضمن تنفيذ الغير له، بالاضافة إلى أنه فى كثير من صور التعهد عن الغير نجد أن المتعهد يريد بذلك المصلحة المحضة للغير. فإذا كان الوضع كذلك، ووجدت هذه الضوابط لعملية التعهد والتى منها: الصلة الوثيقة بين المتعهد والغير، كأن يكون الغير قريبا أو شريكا أو أخا – كما فى الأمثلة التى ذكرتها آنفا – فضلا عن تمخض عملية التعهد عن المنفعة المحضة الظاهرة للمتعهد عنه، أو على الأقل العمل جيدا من جانب المتعهد على عدم الحاق الضرر بالمتعهد عنه. أقول: إذا وجدت هذه الضوابط التى تنطق بوجود مصلحة للغير، فلايقبل من الغير بعد ذلك أن يرفض عملية التعهد هذه، ويضع المتعهد في موقف لايحسد عليه، فبينما يعمل المتعهد لمنفعة المتعهد عنه، يعمل الغير (المتعهد عنه) لاضرار المتعهد، وبينما يحاول المتعهد جاهدا أن يتصرف تصرفا نافعا نفعا محضا للغير يتنكر الغير لهذا الصنيع ويرفض عملية التعهد، وقد يكون رفضه لمجرد أنه – فقط – لم يأخذ برأيه فى التصرف أولا، بالرغم من اقتناعه التام بأن هذا التصرف نافعا له نفعا محضا. بل أحيانا لايصدر التعهد عن الغير إلا لعدم فوات فرصة قلما تتكرر كشركاء وجدوا فى تصرف ربحا كبيرا وخشوا من فوات الفرصة فتعهدوا عن شريكهم الغائب أو القاصر، أو وجد الاخ أن أخيه المتعهد عنه لايدرك مثل هذه الفرصة مرة أخرى إن فاتته، فقام بالتعهد عنه، وهذا هو الغالب فى عملية التعهد. فالقول بالزام الغير فى هذه الحالة هو الأولى بالقبول، والأقرب إلى العدالة، خاصة وأنه لايضار من مثل هذا التصرف، فإن لحقه ضرر من قبوله التعهد فعليه أن يثبت ذلك، وعلى المتعهد فى هذه الحالة فقط أن يقوم بتعويضه هو – الغير – لا تعويض المتعاقد

معه، وبذلك نتجنب - بقبول الغير للتعهد - كثير من اشكالات الرفض للتعهد، وخاصة وأن اشكالات القبول - كما ذكرنا - اشكالات فنية، في صياغة النص القانوني بعيدا عن الواقع العملي كثيرا، حيث ينتهي التعهد عن الغير بمجرد قبول الغير لهذا التعهد، فضلا عن أنها وقتية لاتلبث أن تزول.

هذا هو إشكال التعهد عن الغير - في حالة رفض الغير له - بصفة عامة. أما تفصيل هذه الاشكالات في هذه الحالة فكثيرة نذكر منها مايلي:

أولا: يقضي القانون المدني بأن رفض الغير للتعهد لايلزم الغير بشيء، وبالتالي فإن المتعهد هو الذي يلتزم بتعويض من تعاقد معه. ولكن ما الحكم لو أن المتعاقد مع المتعهد قام بالتصرف في الشيء محل التعهد؟ والفرض أنه على ثقة من قبول الغير للتعهد نظرا لوجود الضوابط التي ذكرناها. وبعد التصرف في الشيء محل التعهد، لم يقبل الغير عملية التعهد هذه.

الحل الذي ذكره القانون في هذه المسألة أن المتصرف إليه الأخير يرد محل التصرف إلى الغير، حتى لايضار الغير، ولأنه لايلتزم بما لم يلزم به نفسه. وقد يكون ذلك جائزا إذا كان المتصرف إليه الأخير سيء النية، بأن كان يعلم بعملية التعهد، ومع ذلك قبل التصرف، والفرض كذلك أن الشيء محل التصرف غير قابل للتجزئة. ولكن هذا الحل القانوني لايتمشى - من وجهة نظرنا على الأقل - إذا ما كان المتصرف إليه الأخير حسن النية، وتصرف على أن المتصرف له يملك كل المال، وهو محق في ذلك، لأن المتصرف له لم يظهر أمامه عملية التعهد الصادرة من المتصرف إليه الأول، فمثلا لو أن «أ» باع لـ «ب» متعهد عن «ج» ثم قام «ج» بالتصرف إلى «د» فإذا كان «د» سيء النية يعلم بالتعهد الصادر من «أ» لكان الحل القانوني في ذلك راجحا، ولكن إذا كان «د» حسن النية لايعلم بذلك فما المبرر في فسخ التصرف معه وإعادة محل التصرف إلى الغير «ج». لا أرى مبررا لذلك، حتى ولو لم

نلزم الغير فى هذه الحالة، وهو الحل الأمثل والأوفق والأقرب إلى العدالة، فى ظل الضوابط التى ذكرناها، فإن كان لابد من رفض الغير، فما على المتعهد فى هذه الحالة إلا أن يقوم بتعويض الغير إن أصابه ضرر من هذا التصرف، بشرط اثباته، وليس هذا بيع لملك الغير أو تصرف للشخص فيما لايملك، بل هو تصرف معلق على قبول الغير له، فهو تصرف نافذ ويأتى قبول الغير للتعهد فى هذه الحالة ليؤكد نفاذه. خاصة إذا ما ارتضى الغير بذات العقد الذى أبرمه المتعهد وبنفس الشروط والتفاصيل الواردة فيه.

فإن كان محل التصرف يقبل التجزئة، فليس هناك بد من عودة نصيب الغير - إذا مارفض التعهد - إليه، على أن يقوم المتعهد بتعويض من تعاقد معه أو المتصرف إليه الأخير، عن هذا الجزء الذى سلب منه. ولعل فى هذا حل لكثير من اشكالات التعهد عن الغير فى حالة رفض الغير للتعهد، وهو الحل الذى قال به فقهاء المسلمين بالرغم من عدم تعرضهم لصورة التعهد عن الغير المعروفة فى القانون المدنى، كما سيأتى فى المطلب التالى بمشيئة الله تعالى.

نخلص من ذلك إلى أن رفعض الغير للتعهد - فى مثل هذه الصورة - يثير كثيرا من المشاكل كنا فى غنى عنها لو صدر قبول منه لعملية التعهد. ومازلت أنادى بأن عملية التعهد مبناها أولا وأخيرا على الثقة القوية جدا بين المتعهد والغير، إذ كيف يجرؤ من لايملك هذه الثقة أن يتعهد عن غيره، عندما يعلم بأن القانون يلزمه إذا مافشل فى مسعاه من جعل الغير يقبل التعهد. فينبغى على المشرع أن يقابل هذه الثقة بثقة مماثلة ويلزم الغير بالقبول، دون أن يعطيه حق الرفض للتعهد، وليس فى هذا افتيات على مبدأ سلطان الارادة - كما ذكرت غير مرة - حيث أن المعاملات كثيرا ماتعتمد على خبرة وثقة الآخرين، وحيث أنها تعتمد أيضا على تقديم النصح والارشاد، وليس التعهد عن الغير - بهذه الصورة - إلا نوع من تقديم النصح للغير.

ثانياً: القول بأن الغير لايلتزم إلا إذا قبل التعهد قول لايسلم من النقد، فهذا القول على اطلاقه غير سديد. إذ قد يباشر هذا الغير من الوسائل الاحتيالية، ما يوهم المتعهد بقبوله التعهد، وتكون هذه الوسائل هى الدافعة للمتعهد إلى التعاقد والتعهد عن الغير. فكيف نكافيء الغير - اذا مارفض عملية التعهد هذه - عن تدليسه. أرى أن الغير فى هذه الحالة يلتزم بتعويض المتعهد وأفضل تعويض - فى هذه الحالة - أن ينصرف أثر التعهد فى حقه، فنلزمه بقبول التعهد بدلا من أن نكافئه على تدليسه. ولعل هذه الصورة من الصور التي تدعم رأينا بأن الغير يلتزم فى بعض الأحيان.

ثالثا: اطلاق النص القانونى بوجوب تعويض من تعاقد مع المتعهد، بواسطة هذا الاخير، ليس صحيحا على اطلاقه ، بل الأقرب إلى الصواب أن يلتزم المتعهد بتعويض من تعاقد معه - إذا رفض الغير التعهد - إذا كان لهذا التعويض مقتضى. وكان الواجب على المشرع المصرى أن يفطن إلى هذا الأمر، حيث أن أركان التعويض لاتفترض، بل يجب اثبات خطأ المتعهد ويكفى فى اثباته، عدم تحقق النتيجة المرجوة وهى قبول الغير للتعهد، كما يجب اثبات الضرر للمتعاقد مع المتعهد، وهذا الضرر ولايفترض، بل يجب اثباته حتى يتم التعويض عنه، حيث يلتزم المتعهد بتعويض المتعاقد مالم يثبت انتفاء الضرر له [1]، فضلا عن اثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر. فإطلاق النص دون الالتزام بأركان التعويض يكون غير سديد.

رابعا: يمكن القول بأن رفض الغير للتعهد يثير أهم اشكالات التعهد عن الغير، فالفرض أن عقد التعهد تم بين المتعهد والمتعهد له، ثم يأتى الغير لينسف هذا العقد من أساسه، حيث لايلتزم الغير - بناء على وجهة النظر القانونية - بما تم التعهد به إلا إذا قبله، وبالتالى فإن رفضه للتعهد يثير مشكلة بالنسبة لعقد التعهد ذاته. هى: هل الرفض يؤدى إلى فسخ عقد التعهد أم يؤدى إلى إبطاله؟.

(1) نقض مدنى فى ١٩٥٢/١٠/٣٠ (مجموعة ٢٥ سنة تحت «تعهد عن الغير» ص ٤٣٧ قاعدة٢).

بداية نعلم أن العقد يكون باطلا إذا اختل ركن من أركانه[1] كما يكون قابلا للابطال إذا اختل شرط من شروط صحته[2].

أما الفسخ فإنه الجزاء المترتب على اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وهو يعني حل الرابطة العقدية، بالنسبة للطرف المستعد لتنفيذ التزاماته، ومن ثم فإنه يتقرر لكل من المتعاقدين، إذ أخل العاقد الآخر بالالتزامات التى يفرضها العقد عليه.[3]

وبتطبيق هذه القواعد على عقد التعهد المبرم بين المتعهد والمتعهد له يتضح أن هذا العقد نشأ صحيحا مستوفيا أركانه، محققا شروطه صحته. ومن ثم فلامحل للقول بالبطلان فى هذه الحالة. حيث أن البطلان ينهى العقد ويعتبره عدم، وكأنه لم يوجد أصلا. وهذا مايجعلنا ننفى عن هذا العقد - عقد التعهد - وصف البطلان.

لم يبق إذن إلا أن نصف هذا العقد بأنه عقد مفسوخ، بمجرد رفض الغير للتعهد، حيث أن المتعهد لم يوف بالتزاماته، وأهمها حمل الغير على قبول التعهد. ولكن يستطيع المتعهد أن يثبت أن عدم الوفاء بالتزاماته كان لسبب خارجى، إذا ما اثبت تعنت الغير فى رفضه لعملية التعهد، وبالتالى لايتحمل المتعهد تعويض المتعاقد معه. كقاعدة عامة إذا كان عدم تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين كان لسبب أجنبى، خارج عن إرادته، حيث أنه إذا تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته، وكان ذلك راجعا إلى سبب أجنبى لايد له فيه، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون، ويسمى فى هذه

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٠، د. عبد الرزاق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٩. وأركان العقد: الرضا والمحل والسبب (د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٤، د. العطار، المرجع السابق، ص ٣٣ وأنظر فى هذا المؤلف ص ٣٤ أن هذا أمر غير دقيق، لأن السبب أمر خارج عن ماهية العقد).

(٢) المراجع السابقة فى الهامش السابق: وشروطه صحة العقد فى القانون هى: كمال الأهلية وسلامة الرضا من العيوب (د. العطار، المرجع السابق، ص ٣٤).

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٦١١.

الحالة بالانفساخ[1]. ومعلوم أن الفسخ القانونى تزول معه كل الالتزامات الناشئة عن العقد المفسوخ. هذا كله مع الأخذ فى الاعتبار أن تقدير مدى اعتبار رفض الغير للتعهد يعد سببا أجنبيا أم لا ؟ هو من سلطة قاضى الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض، باعتباره واقعة مادية لاقانونية.

ومعنى أن عقد التعهد يعتبر مفسوخا أن المتعهد لايلتزم بتعويض المتعاقد معه. وعلى فرض أن رفض الغير للتعهد لايعد سببا أجنبيا، ومن ثم يلتزم المتعهد بتعويض المتعاقد معه، لعدم حصوله على رضاء الغير عن هذا التعهد، فإنه ينبغى أن لانغفل الالتزامات التى قام بها المتعهد إذا ماكان التعهد جزءا منها. حيث يجوز للقاضى أن يرفض الفسخ إذا كان الذى لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته[2] وتقدير ما إذا كان الشيء الذى لم يوف به المدين قليلا بالنسبة إلى الالتزامات فى جملتها، أو غير قليل، مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقديرها دون تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض، طالما جاء تقديره مستندا إلى أسباب معتبره تسوغه.[3]

نخلص من ذلك إلى أن ترتيب البطلان لعقد التعهد بناء على رفض الغير للتعهد لايجوز، لأن أركان العقد وشروط صحته متوافرة، وبالتالى فإن مايلحق هذا العقد هو الفسخ، وبالتفصيل هو فسخ من نوع خاص. حيث قام المتعهد بالوفاء بالتزاماته عدا قبول الغير للتعهد، فلو فرضنا أن هذا الغير تعنت فى هذا القبول فإن من الجائز أن يعد ذلك سببا أجنبيا ينفسخ معه العقد بقوة القانون، ومرد هذه المسألة إلى قاضى

---

(١) أنظر كتابنا: الوجيز فى مصادر الالتزام، ج ١ (ط ١٩٩٥) ص ١٧٦. د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٦٥٠ - ٦٥٣.

(٢) م ١٥٧ مدنى ويقابلها: م ١٥٩ ليبى، ١٧٧ عراقى، ١٥٩ سورى، ١٧٢ كويتى، ٢٤٠ لبنانى، ١٤٢ سودانى.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

الموضوع، هو الذى يقدرها. على أننا لانعفى المتعهد من المسئولية إذا لم يقدر بنفسه ذلك الغير، ويثق فى موافقته على التعهد. فإن كانت لديه هذه الثقة ومع ذلك لم يقبل الغير بالتعهد، فإما أن يكون ذلك سببا أجنبيا أم لا ؟ فإن قضى بأنه سبب أجنبى فلامسئولية على المتعهد، بالرغم من عدم وفائه بكل التزاماته، وإن لم يقض بذلك كان المتعهد مسئولا، ويستطيع المتعاقد معه أن يتمسك بفسخ العقد لعدم وفاء المتعهد بالتزاماته. غير أن هذا الفسخ، يعد فسخا لسبب خاص، وبالتالى نجد أنفسنا أمام فرض جديد من فروض فسخ العقد، ونضع بالتالى المتعهد فى موقف المسئولية، وبدلا من أن نكافئه لحرصه على رعاية مصالح الغير، نقيم مسئوليته ، بل ونلزمه بتعويض المتعاقد معه، وهذا مايجافى العدالة أبلغ المجافاة. فمثلا: لو أن الوكيل وجد فرصة أمامه، كما لو كان موكلا فى بيع عقار موكله – وهذه هى حدود وكالته، بيع العقار فقط – فوجد من يستأجر هذا العقار بثمن يقارب ثمن البيع، فى الوقت الذى خشى فيه ضياع هذه الفرصة، إن أراد أن يحصل على اذن موكله، فتعاقد مع المستأجر متعهد عن الموكل بقبوله الايجار لا البيع. فمثل هذا التصرف من الوكيل – وقد تجاوز به حدود وكالته – يستحق اللوم أم التقدير. لاشك أنه يستحق كل التقدير، حيث حصل الموكل على ثمن – من الايجار – يقارب الثمن الذى كان قد ضربه للوكيل فى حالة البيع، بالاضافة إلى ذلك، تبقى العين الأصلية على ملكه. فإذا ما أراد الموكل أن يكافىء الوكيل على حسن صنيعه فإنه يقوم بقبول هذا التعهد، وبالتالى نتلافى الاشكالات التى ذكرناها، ولايكون هناك محل للاجتهاد بين ما إذا كان عقد التعهد باطلا أو مفسوخا، إذا مارفض الغير التعهد.

ولهذا فإنى مازلت أنادى بأن الغير يلزم فى بعض الحالات، ويجب أن نقيم الضابط لذلك، حتى لايخشى المتعاملون عملية التعهد عن الغير، فتتعطل كثير من المصالح، التى يقوم التعهد عن الغير بترويجها، فلاينتظر غائب حتى يحضر، فقد تضيع الصفقة الرابحة، كما لا ينتظر القاصر حتى يبلغ رشده فتفوت فرصة على شركائه،

كما لاينتظر إذن الموكل حتى يضيف جديدا إلى وكالة الوكيل...... وهكذا.

خامسا: وأخيرا تثير فكرة رفض الغير للتعهد مشكلة التزام المتعهد تجاه المتعاقد معه. فالقانون يقضى بأنه إذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه[1]، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به (م١/١٥٣ مدنى).

ومعنى ذلك أن المتعهد يلتزم، إذا مارفض الغير التعهد، إما بتعويض المتعاقد معه، أو بتنفيذ الالتزام بنفسه فما هى الطبيعة القانونية لتنفيذ المتعهد الالتزام بنفسه؟ وهل يعد الالتزام في هذه الحالة التزاما بدليا أم عينيا؟ ومتى يصح له تنفيذ الالتزام بنفسه حتى يتوقى عملية التعويض؟.

يمكن الاجابة عن هذه التساؤلات التى أثيرت بسبب واحد، ألا وهو تعنت أو تعمد الغير عدم قبول التعهد، وقد يكون ذلك دون سبب سائغ أو مقبول، بل قد يكون السبب الأوحد فى ذلك هو احرج هذا المتعهد أمام المتعاقد معه. وكان من الممكن ألا تثار هذه التساؤلات لو قبل الغير التعهد، حيث ينتفى بذلك التزام المتعهد تجاه المتعاقد معه. أما والفرض قيام هذا الالتزام، فإنه يمكن القول بأن الالتزام يكون بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين «إذا أدى بدلا منه شيئا آخر»[2].

فالالتزام البدلى ليس له إلا محل واحد، ولكن مع اعطاء المدين رخصة فى أن يعفى من التزامه بتنفيذ آداء آخر متفق عليه يسمى الأداء البديل، ومن هنا جاءت

---

(١) بالرغم من من تحفظنا على هذا النص وخاصة لفظ «وجب» دون بحث حيثيات هذا الوجوب؛

(٢) م ٢٧٨ مدنى ويقابلها: م ٢٦٥ ليبى، ٢٧٨ سورى، ٣٠٢ عراقى، ٦٨، ٦٩ لبنانى، ٢٥٢ كويتى، ٢٤٧ سودانى.

تسمية الالتزام البدلى.[1]

وهو بهذا يختلف عن الالتزام التخييرى. فإذا كان محل الالتزام البدلى هو الشيء الأصيل وحده، فإن الالتزام التخييرى هو أحد الشيئين أو الأشياء المتعددة، هذا فضلا عن أنه فى الالتزام البدلى يكون للمدين وحده أن يحل الشيء البديل محل الشيء الأصيل، فى حين أن الخيار فى الالتزام التخييرى بين الاشياء المتعددة قد يكون للدائن كما يكون للمدين سواء بسواء[2]. على أن يحدد القانون أو الاتفاق من له الخيار فى الالتزام التخييرى.

بعد هذا العرض يثار التساؤل من جديد، هل يلتزم المتعهد بالتعويض؟ ومع ذلك يجوز أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام ليتلافى عملية التعويض، فلو كان النص قاطعا فيه ذلك لكان التزام المتعهد ذو طبيعة بدلية، بحيث يستوى لدى المدين (المتعهد) أن يقوم بالالتزام الأصلى، أو يقوم بالالتزام البدلى. وبأيهما يقوم تبرأ ذمته. ولكن لما كان نص القانون غير قاطع الدلالة فى هذا المعنى، فإن شراح القانون المدنى قد اختلفوا فى طبيعة هذا الالتزام.

فيرى البعض[3] أن ذلك يعتبر التزام بدلى، طبقا لنص المادة ٢٧٨ مدنى.

بينما يرى البعض الآخر أن تنفيذ المتعهد للالتزام بنفسه ماهو إلا نوع من التعويض العينى.[4]

---

(١) د. محمد بندارى، الالتزام التخييرى، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ٤٣.

(٢) د. اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام، ج٢، (١٩٦٧) ص ٣٠٩، د. أنور سلطان، النظرية العامة للتزام، أحكام الالتزام (١٩٩٧) ص ٢٣٢.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى، نظرية العقد والأرداة المنفردة، المرجع السابق، فقرة ٣٦٢.

(٤) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، فقرة ٢٦٨، د. أحمد سلامة مذكرات فى مصادر الالتزام، فقرة ١١٨.

ولعل الراجح فى نظرنا فى هذا التساؤل أن المفهوم من نص المادة ١/١٥٣ ينصرف إلى أن التزام المتعهد فى هذه الحالة هو التزام بدلى، حيث أجاز النص للمتعهد أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه لتبرأ ذمته من تعويض المتعاقد معه، فهذا الالتزام لايشمل محله إلا شيئاً واحد، هو التعويض ولكن تبرأ ذمة المدين (المتعهد) إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر، كما لو قام بتنفيذ الالتزام المتعهد به، على أن رخصة الخيار فى هذه الحالة تكون للمدين دائما.

ويقوى رأينا هذا أن غالبية الشرح قد ذهبوا إلى أنه لايجوز اجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله[1]، فإن أجيز جبره على ذلك كان التزامه عينيا لابدليا.

واذا كان يجوز للمتعهد أن يتوقى التعويض، فى حالة رفض الغير للتعهد، بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام المتعهد به، فمتى يجوز له ذلك؟.

تقضى القواعد العامة للالتزامات بأن ذلك لايكون إلا إذا كان هذا التنفيذ ممكنا، ولايتصل بشخص الغير[2]. فإن كان غير ممكن، بأن كان بالنسبة له مستحيلا، كتعهد شخص بأن يجعل الغير يقبل بيع عقاره للمتعهد له، فهذا التنفيذ بالنسبة للمتعهد يعتبر مستحيلا، وإلا كان بيع ملك الغير، أو كان التنفيذ متصلا بشخص الغير، كتعهد شخص لأخر بأن يجعل فنانا معينا يوافق على احياء حفل معين أو رسم لوحة معينة، فهذا التنفيذ متصلا بشخص الغير، بحيث لايحل محله غيره فيه. ففى مثل هذه الفروض لايكون أمام المتعهد من سبيل إلا تعويض المتعاقد معه. إذ قيامه بالتنفيذ بنفسه لايجوز.

---

(١) د. السنهوري، الوطيط ج١، ص ٧٥٧ فقرة ٣٦٤. ،د. منصطور مصطفى منصور، مصادر الالتزامات، ص ١٤٩.

(٢) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٧١ ، د. محمد الفقى، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

وهكذا نكون قد عرضنا لاشكالات التعهد عن الغيُر فى حالة رفض الغير لهذا التعهد، وهى كما رأينا كلها اشكالات موضوعية تفرعت عن عنت الغير ورفضه لعملية التعهد، ولو نظر قليلا فيما يعود عليه من منافع، لابد وأن المتعهد يكون قد قدرها، لما تردد لحظة واحدة فى قبولها. ولهذا فإننا ننادى بالزام الغير في بعض الأحيان إذا ماتم التعهد عنه، شريطة توافر الضوابط التى ذكرناها. وليس فى هذا تعديل لقاعدة نسبية آثار العقود أو افتيات على مبدأ سلطان الارادة كما ذهب الفقه القانونى إلى ذلك، بل إن هذا من باب التعاون بين الأفراد، وتحقيق العدالة قدر الامكان، والأكثر أهمية من ذلك فإن هذا يؤدى قطعا إلى استقرار التعامل بين الناس. وليس فى الزام الغير جديد بالنسبة للفقه القانونى، حيث ذهب شراح القانون في مواضع متفرقة على الزام الغير. منها: الصلح مع التاجر المفلس، حيث يسرى هذا الصلح على جميع الدائنين، حتى من لم يوافق منهم عليه أو لم يشترك فى عمله. وكذا نظام العمل الجماعى، حيث تسرى أحكام عقد العمل الجماعى على أفراد طائفة معينة من العمال، حتى من لم يوافق عليه منهم، ومنها أيضا الحالات التى يتأثر فيها الشخص بعقد أبرمه غيره، إعمالا لنظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع، أو الغلط الشائع يولد الحق. ومن أبرز الأمثلة على ذلك: الوارث الظاهر، حيث تسرى التصرفات التى يجريها فى أموال التركة فى مواجهة الوارث الحقيقى، طالما كان المتصرف إليه حسن النية، بأن كان يعتقد أنه يتعامل مع الوارث الحقيقى[1]. فما الغريب إذن فى إضافة موضع آخر بالزام الغير– فى حالة التعهد عنه– بالقبول. خاصة إذا أريد بذلك تحقيق نفع محض له، وذلك حتى نتجنب كثيرا من اشكالات التعهد عن الغير التى تناولناها بالتفصيل. وهذا يتطلب تدخلا من المشرع لإجازة ذلك.

---

(١) راجع فى هذه الحالات تفصيلا: د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٥٨٥، د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٧٤٧ ومابعدها. وانظر المادة رقم ٩٤ من قانون التجارة المصرى، راجع: نقض مدنى ١٩٦٧/٦/٥ (مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٢١٢ ص ١٤٠٣).

المطلب الثانى

اشكالات التعهد عن الغير فى الفقه الاسلامى

تمهيد وتقسيم:

علمنا فيما سبق أن الفقه الاسلامي لم يتعرض لفكرة التعهد عن الغير بالصورة التى تعرض لها فقهاء القانون. ومن ثم فإن الاشكالات التى تعرضنا لها آنفا، لايوجد مثيل لها فى ظل الفقه الاسلامى. فالفقه الاسلامى يطلق على هذه الصورة الوعد، أو الفضالة، حيث يعد المتعهد من يتعاقد معه بأن يحمل الغير على التعاقد، أو أن يتصرف المتعهد باسم الغير بغير نيابة عنه، وحينئذ تسرى احكامه الفضالة.

ومع ذلك فإنه إذا عرضنا فكرة التعهد عن الغير على قواعد الفقه الاسلامى سنجد أنه من الممكن ذلك، وأن هذا الاتفاق صحيح، حيث لم ترد العقود فى الفقه الاسلامى تحت حصر معين، وبناء على ذلك فأنه إذا قبل الغير التعهد فلا اشكال، ويتعاقد الغير عندئذ مع من تعاقد مع المتعهد، أما إذا لم يقبله، فإننا نجد أنفسنا أمام نفس الاشكالات التى ذكرناها آنفا، ومن ثم سوف نصل إلى النتيجة التى أردناها من وراء بحثنا لهذا الموضوع،وهو ضرورة الزام الغير، إذا ماتوافرت شروط معينة، تحقق فى جملتها المنفعة المحضة لهذا الغير، وتدفع عنه كل ضرر يحدث، فإذا ما ادعى ضررا فلايكلف بإثباته حينئذ، بل يكفى له الادعاء بحصول الضرر فقط، وبالتالى يلتزم المتعهد بتعويضه بناء على هذا الادعاء، خروجا من القواعد العامة فى اثبات الضرر حتى يستوجب التعويض. ويستطيع المتعهد أن يتقى هذا التعويض بإثباته عدم الحاق الضرر بالنسبة للغير.

بيد أن الفقه الاسلامى جاء بحل يتلافى معه كثير من اشكالات التعهد عن الغير، على فرض وجوده بصورته المعروفة فى الفقه القانونى. حيث أجاز الفقهاء عملية التعهد هذه على أن يعطى المتعاقد مع المتعهد خيار تفريق الصفقة، إن توافر شروطه، كما قد يعتبر التعهد فى حد ذاته تغريرا يستوجب الضمان.

هذه – باختصار – أهم الاشكالات التى تعترض فكرة التعهد عن الغير فى الفقه الاسلامى، ويمكن توضيح ذلك فى فروع متتالية، لنصل فى النهاية إلى أن قواعد الفقه الاسلامى أكثر مرونة من قواعد القانون المدنى. وذلك على النحو التالى:

الفرع الأول: التعهد عن الغير نوع من الوعد.

يعتبر التعهد عن الغير في نظر فقهاء المسلمين وعد بأمر معين، هو حمل الغير علي قبول التعاقد. ولما كنا قد تكلمنا عن التمييز بين الوعد بالتعاقد والتعهد عن الغير، ووضحنا تعريف الوعد وشروطه فى كل من الفقه القانونى والفقه الاسلامى[1]، فإنه لم يبق لنا، حتى تتضح الصورة، سوى الكلام عن أحكام الوعد فى الفقه الاسلامى. ويمكن توضيحها فيما يلي:

يتضمن الوعد انشاء التزام في المستقبل. كما فى حالة التعهد عن الغير التي نحن بصددها، حيث يعد المتعهد المتعاقد معه بقبول الغير مستقبلا لهذا التعاقد. ولاخلاف بين الفقهاء على أن الوفاء بالوعد مستحب، كما لاخلاف بينهم على أن خلف الوعد منهى عنه.[2]

ولكن هل يجبر الواعد على تنفيذ وعده.

يرى جمهور الفقهاء أن الوفاء بالوعد غير واجب، ولايلزم الوفاء به قضاء، ولاينال الواعد أثم إذا وعد وهو يريد الوفاء، ثم عرض له مامنعه عن الوفاء. اما إذا وعد وهو عازم على عدم الوفاء فهذه أمارة النفاق لحديث النبى ﷺ «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد خلف، وإذا أؤتمن خان».[3]

---

(١) راجع ص   من هذا البحث.

(٢) لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (الأعراف:١) وقوله تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾ (الاسراء : ٣٤) والوعد نوع من العهد.

(٣) رواه الشيخان (البخارى ومسلم) والترمذى والنسائى عن أبى هريرة ؓ فى كتاب الايمان».

ومعنى هذا أن الوعد لايلزم الوفاء به قضاء، بل الوفاء به مندوب ديانة، فهو من مكارم الأخلاق، فلو وعد شخص آخر بأن يجعل ثالثا يقبل التعاقد معه، فإنه لايجبر على الوفاء بوعده بقوة القضاء، بل يندب له تنفيذه ديانة، للآيات الصريحة والأحاديث الدالة على ذلك[1].

ويرى الحنفية أن الوفاء بالوعد غير لازم إلا فى حالة ما إذا صدر معلقا على شرط منعا للتغرير بالموعود له، وعبروا عن ذلك بقاعدة فقهية مفادها: المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة.[2]

بينما يذهب ابن شبرمة[3] إلى أن الوعد كله لازم، ويجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء .

واختلف المالكية فى هذه المسألة على أربعة أقوال: أشهرها. أن الواعد يلزم بالوفاء بوعده قضاء، إذا كان الوعد معلقا على سبب ودخل الموعود فى السبب بالفعل[4].

---

(1) د. عبد الحميد البعلى، ضوابط العقود، المرجع السابق، ص ٦٥ . د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ج ٤، ص ٩٠.

(2) م ٨٣ من مجلة الاحكام العدلية.

(3) هو عبد الله بن شبرمة. قاضى فقيه من التابعين، ولد سنة ٧٢هـ وتوفى سنة ١٤٤ هـ (تهذيب التهذيب: ج٥ ص ٢٥٠) راجع فى ذلك: المحلى لابن حزم، ج٨ ص ٢٨ المسألة رقم ١١٢٥ .

(4) جاء فى كتاب الفروق للقرافى مانصه «اعلم أن الفقهاء اختلفوا فى الوعد هل يجب الوفاء به شرعا أم لا؟ قال مالك: إذا سألك أن تهب له دينارا فقلت: نعم، ثم بدالك. لايلزمك، وقال سحنون: الذى يلزم من الوعد قوله لك اهدم دارك وأنا اسلفك ماتبنى به، أو تزوج أمرأة وأنا اسلفك، لأنك أدخلته بوعدك فى ذلك، أما مجرد الوعد فلايلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

وقال اصبغ: يقضى عليه به تزوج الموعود أم لا؟. والذى لايلزم من ذلك أن تعهده من غير ذلك سبب، فيقول لك: سلفنى كذا فتقول: نعم. بذلك قضى عمر بن عبد العزيز رحمه الله.

والحاصل من هذه الأقوال أن المشهور فى المذهب المالكى، أن الواعد إذا أدخل الموعود له فى سبب، فإنه يلزم بوعده. وقد ذهب إلى ذلك مالك وابن القاسم (الفروق للقرافى، ج٤، ص ٢، ٢٥. المدونة الكبرى للامام مالك، ج٣، (دار الفكر) ص ٢٦٤ .

وبناء على جملة هذه الآراء: نجد أن الراجح منها ماهو مشهور عند المالكية[1]، حيث يجب الوفاء بالوعد قضاء، فضلا عن وجوب الوفاء به ديانة عند جميع الفقهاء، وأنه يلزم الواعد بما وعد وبالتالى فإن الوفاء بالتعهد عن الغير واجب على المتعهد. فإذا وافق الغير عليه فلا اشكال، وإن رفضه كنا أمام اشكالات التعهد عن الغير السابق الاشارة إليها فى حالة رفض الغير هذا كله مع احتفاظنا بالتفرقة بين التعهد عن الغير والوعد قانونا، والتى ذكرناها آنفا.

الفرع الثانى: التعهد عن الغير فضالة..

يرى فقهاء المسلمين بأن تصرف الشخص فى مال غيره بغير نيابة عنه يعد فضالة، ومن ثم تطبق عليه أحكام الفضالة. شريطة أن يتصرف باسم غيره لا باسمه هو، فإن تصرف باسمه هو كان التصرف وعدا على نحو ماذكرنا فى الفرع السابق.

بل إن بعض الفقهاء يرون أن الفضالة هى: تصرف الشخص فى حق الغير بلا إذن شرعى، سواء تم التصرف باسمه أوباسم الغير، كالاجنبى يزوج أو يبيع من غير وكالة ولا ولاية[1].

وأيا ماكان الوضع فإن اعتبار التعهد عن الغير فضالة إنما يعنينا فى إبراز حكم تصرف الفضولى، خاصة وأننا قد قمنا ببيان حقيقة الفضالة فقها وقانونا وكذا شروطها، والتزامات الفضولى فيها. مما يغنينا عن تكرارذلك. ولم يبق لنا إلا ضرورة

---

(١) وقد جاء فى الدورة الخامسة لمجلس مجمع الفقه الاسلامى المنعقد بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩/١٠ إلى ١٥ ديسمبر ١٩٨٨ بالقرار رقم ٣,٢٠) منه مايلى:

ثانيا: الوعد يكون ملزما للواعد ديانة الا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقا على سبب ودخل الموعود فى كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الالزام فى هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

(انظر فى ذلك: د.وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ج ٩ ص ٥٥٦)

(٢) البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، ج ٦ ص ١٦٠، الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع، ج٢، ص ٦٢.

معرفة أحكام تصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي ويمكن توضيح ذلك فيما يلي

اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الفضولي على قولين

الأول: أن تصرفات الفضولي غير منعقده وباطلة، ولو أجازها المالك ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة، لأن انعقاد التصرف لايكون إلا عن وكالة أو ولاية شرعية، وهي لاتكون إلا بالملك أو بالاذن من المالك، وهما مفقودان في جانب الفضولي، ومن ثم فلاينعقد العقد حتى لو أجاز المالك عقد الفضولي لايصح، لأن ماوقع باطلا من الأصل لاينقلب صحيحا[1].

الثاني: تصرفات الفضولي منعقدة موقوفة على اجازة المالك، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية. لأن تصرف الفضولي تصرف تمليك، وقد صدر من أهله في محله، وهو المال المتقوم فوجب القول بانعقاده، ولامانع منه، لأن المانع من التصرف هو الضرر، ولاضرر في ذلك لأحد من العاقدين أو المالك. أما المالك فلأنه مخير بين الأجازة والفسخ، وله فيه منفعة. حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وحصول الثمن وقد يكون مطلوب له. وأما الفضولي فلأن فيه صون كلامه عن الالغاء والاهدار، وأما المشترى فلوصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع[2].

والقول الثاني هو الراجح – في نظرنا – حيث لاضرر يلحق بالمالك، إذ له حرية الاجازة أو الفسخ، كما لايلحق الفضولي أو المتعاقد معه أية أضرار، حيث تم العقد بينهما مستوفيا أركانه وشروط صحته.

وعلى القول بأن التعهد عن الغير فضالة، فإن الراجح فيه كذلك، أن ينعقد العقد صحيحا بين المتعهد (الفضولي) والمتعهد له، على أن يكون للغير حرية القبول أو الرفض، وفقا لما تمليه عليه مصلحته الخاصة. فإن وافق فلا اشكال، وإن رفض كنا

---

(١) الاقناع، ج٢، ص ٦٢، منتهى الايرادات للبهوتي، ج١ ص ٣٤٠

(٢) البحر الرائق، ج٦، ص ١٦٠، شرح الخرشي على الهداية، ج٣ ص ٢٧٤

أمام ذات الاشكالات التى سبق وأن ذكرناها فى حالة رفض الغير للتعهد، مما يدعونا مرارا أن ننادى بجواز الزام الغير، طالما لم يلحقه ضرر من جراء عملية التعهد هذه هذا أيضا مع احتفاظنا بالفارق التقليدى بين التعهد عن الغير والفضالة، وكذا التعهد عن الغير والالتزام المعلق أو الموقوف فى الفقه القانونى والتى سبق وأن وضحناها.

الفرع الثالث: التعهد عن الغير وخيار تفريق الصفقة.

إذا كان التعهد عن الغير يختلف عن كل من الوعد والفضالة، اختلافا يجعلنا لانعتقد فى صحة تطبيق أحكام كل منهما عليه. فإن صورة التعهد عن الغير بمعناها فى الفقه القانونى يمكن اعمالها أيضا فى نطاق الفقه الاسلامى، حيث أن هذه القواعد مرنة إلى حد كبير، ومن ثم فليس معنى أن الفقهاء المسلمين لم يتعرضوا لصورة التعهد عن الغير التى يعرفها الفقه القانونى أنها مستحيلة التطبيق فى الواقع العملى. بل إن تطبيقها وإجراء أحكامها على قواعد الفقه الاسلامى سهل وميسور. فإذا تعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصا ثالثاً من الغير يلتزم فى مواجهة هذا المتعاقد معه. فإن هذا التعاقد يكون صحيحا ومنتجا لكافة آثاره التى يعرفها الفقه القانونى، فإذا وافق الغير على هذا التعهد فلا إشكال، وإلا تعرض المتعهد لضمان الضرر الحاصل للمتعاقد معه. شأنه فى ذلك شأن التزامه بالتعويض للمتعاقد معه فى الفقه القانونى.

وقد يقال إن اعمال هذه الفكرة فى قواعد الفقه الاسلامى يؤدى بنا – لامحالة – إلى ذات الاشكالات التى وجدناها فى الفقه القانونى، عند رفض الغير للتعهد، ومن ثم يجدر بنا ألا ننساق وراء أعمال فكر يؤدى بنا إلى كثير من المشاكل.

غير أن الفقه الاسلامى – بمرونته – استطاع أن يتقى كثير من هذه الاشكالات، بإيجاد مخرج منها، فيما يعرف لدى فقهاء المسلمين بخيار تفريق الصفقة. وهو يشبه إلى حد كبير خيار القبول للغير. غاية الأمر أن خيار تفريق الصفقة يؤدى بنافى النهاية إلى صحة الاتفاق ولو فى جزء منه، بخلاف خيار القبول للغير،

الذى يعنى إما صحة العقد فى جملته، أو فسخه فى جملته. ومن ثم يختلف التزام المتعهد بالتعويض فى الفقه الاسلامى عنه فى الفقه القانونى، فقد يكون جزئيا فى الأول، بينما لايكون إلا كليا فى الثانى.

غير أن هذا الحل لايكون إلا إذا علمنا مضمون هذا الخيار وآراء الفقهاء فيه[1] ويمكن إجمال ذلك فيما يلى:

يرى الفقهاء أن خيار تفريق الصفقة هو ذلك الذى يثبت للمشترى بسبب تجزئة المبيع، فيكون له الخيار بين فسخ البيع واسترداد الثمن كله إن دفعه، أو أخذ باقى المبيع، مع خصم مايقابل العيب أو الهلاك من الثمن. وله صور متعددة:

فيثبت عند الحنفية[2] بهلاك أو تعيب بعض المبيع بيد البائع قبل القبض، وحكم الهلاك: إن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع يبطل البيع، وإن كان بفعل أجنبى يتخير المشترى فسخ البيع، وإن شاء أجازه على أن يضمن هذا الأجنبى قيمة الهلاك.

وقال المالكية[3]: يثبت هذا الخيار فى حالة كون المبيع معيبا، أو استحقاق بعض مبيع متعدد تم شراوه فى صفقة واحدة. فإن كان العيب أو الاستحقاق على رأس الصفقة بطل البيع، وإن كان داخلا فيها جاز له التمسك بالعيب وأخذ الباقى بالتقويم لا بنسبته من الثمن المسمى. فإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمر مثلا: فالصفقة كلها باطلة، ولو باع الرجل ملكه وملك غيره فى صفقة واحدة، صح البيع فيهما، ولزمه فى ملكه وتوقف اللزوم فى ملك غيره على اجازته.

وذكر الشافعية[4]: لتفريق الصفقة وتعددها ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر خيار تفريق الصفقة عموما: ابن عابدين فى حاشيته: ج٤ ص ٤٧، الشرح الكبير مع الدسوقى: ج٣ ص ٤٦٩، القوانين الفقهية لابن جزى: ص ٢٦٠، مغنى المحتاج للشربينى الخطيب، ج٢ ص ٤٠، المهذب للشيرازى: ج١ ص ٢٦٩، المغنى لابن قدامة: ج٤ ص ٢٣٨، كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ج ٣ ص ١٦٦.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج ٤ ص ٤٧.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزى، ص ٢٦٠، الشرح الكبير، ج٣ ص ٤٦٩.

(٤) مغنى المحتاج، ج٢، ص ٤٠، المهذب، ج١ ص ٢٦٩.

الأول: إذا باع شخص في صفقة واحدة حلالا وحراما، أو شيئاً له وشيئاً لغيره، صح البيع فى الحلال المملوك له، وبطل فى غيره فى الأظهر اعطاء لكل منهما حكمه، ويكون الخيار للمشترى - إن جهل الحال - بين أخذ حصة الحلال المملوك وبين أن يفسخ البيع. ولاخيار للبائع؛ لأنه المفرط فى البيع ببيع مالايملك، ومن ثم فى ثمن مالايستحقه.

الثانى: إذا باع شخص متاعين مثلا، فتلف أحدهما قبل قبضة، انفسخ البيع فى التالف ولم ينفسخ فى الآخر على المذهب، بل يتخير المشترى بين الفسخ والاجازة، فإن أجاز أخذ الباقى بالحصة من المسمى باعتبار قيمته وقيمة التالف، لأن الثمن قد توزع عليهما فى مبدأ البيع، فلايتغير بهلاك أحدهما.

الثالث: لو جمع فى الصفقة عقدين مختلفى الحكم كإجارة وبيع صح العقدان على الأظهر، ويوزع المسمى على قيمة المعقود عليهما.

والخلاصة أن فى تفريق الصفقة قولين عن الشافعية، أظهرهما أن البيع يبطل فيما لايجوز، ويصح فيما يجوز. والثانى أن الصفقة لاتفرق، فيبطل العقد فيهما.

وقال الحنابلة[1]: معنى تفريق الصفقة أى تفريق ما اشتراه فى عقد واحد، وهو أن يجمع بين مايطلع بيعه ومالايصح فى صفقة واحدة بثمن واحد. ولهذا الجمع ثلاث صور:

أحداهما: أن يبيع شخص معلوما ومجهولا، فلايصح البيع فيهما، لأن المجهول لايصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن، ولاسبيل إلى معرفته، لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما معاً، وإذا كان المجهول لايعلم ثمنه ، فإن المعلوم لايعرف ثمنه أيضا.

الثانية: أن يبيع شخص مالا مشاعا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه، فيصح البيع

---

(١) كشاف القناع، ج٣ ص ١٦٦، المغنى لابن قدامة، ج٤، ص ٢٣٨.

فى نصيبه بقسطه، وللمشترى الخيار بين الرد والامساك إذا لم يكن عالما بأن المبيع مشترك بينه وبين غيره. فإن كان عالما فلاخيار له ولاللبائع أيضا. وللمشترى الأرش[1] إن أمسك فيما ينقصه التفريق.

الثالثة: أن يبيع الرجل متاعه ومتاع غيره بغير إذنه صفقة واحدة، فيصح البيع فى متاعه بقسطه دون متاع غيره ولاخيار للبائع كذلك[2].

ومن هذه الآراء الفقهية يتضح أن القاسم المشترك بينها هو أن خيار تفريق الصفقة إنما يثبت للمشترى فى حالة ما إذا كان محل العقد قابلا للتجزئة، فإن لم يكن كذلك لاتثار فكرة الخيار.

وبتطبيق هذه الآراء على عملية التعهد عن الغير نجد أنها قد حلت لنا كثير من المشاكل. فإن قبل الغير عملية التعهد، فبها ونعمت، وإلا كان للمتعاقد مع المتعهد الخيار بين رد التصرف كاملا أو إمساك مايخص المتعهد فقط مع رد مايخص الغير مقابل استرداده لمقابل ثمنه إن علم ثمنه منفردا، وإلا مقابل مايسمى بعد ذلك وللمتعهد الخيار بين الإجازة والرد. هذا إذا لم يكن المتعاقد مع المتعهد عالما بالتعهد. فإن كان عالما فلاخيار له ولاخيار للمتعهد كذلك. وهذا هو الراجح من مذهب الشافعية والحنابلة - على نحو ماسبق.

وبهذا نكون قد أجزنا التصرف إما كاملا - فى حالة قبول الغير - وإما ناقصا - فى حالة رفضه - وحتى فى الحالة الأخيرة لايكون التزام المتعهد إلا جزئيا، وهو أخف وطأة من التزامه بكامل التعويض على النحو المقرر فى الفقه القانونى. فضلا عن أن خيار تفريق الصفقة لم يجعل الحل تحكميا فى يد الغير، بل شاركه فى الحل المتعاقد

---

(١) هو الفرق بين قيمة الصفقة كاملة وبين قيمة ما أمسكه بعد تفرقها. فلو اشترى بمائة وتفرقت الصفقة وأمسك منها مايساوى خمسون. كان له الأرش وهو الخمسون الباقية.

(٢) راجع هذه الآراء تفصيلا: د. وهبة الزحيلى، المرجع السابق، ج٤ ص ٥٣٠ - ٥٣٣.

مع المتعهد، حيث كان الخيار له لا للغير، كما هو الحال فى الفقه القانونى.

الفرع الرابع: التغرير فى عملية التعهد عن الغير.

قد تتم عملية التعهد عن الغير نتيجة تغرير، أدى إلى وقوع التعهد، وفى هذه الحالة إما أن يكون التغرير من المتعهد تجاه المتعاقد معه، وإما أن يكون من الغير تجاه المتعهد.

فإن كان من المتعهد ولم يقبل الغير عملية التعهد هذه، فليس التزام المتعهد بالتعويض (الضمان) إلا تطبيقا لقواعد التغرير (التدليس) عليه. وفى هذه الحالة لاتصطدم بالمشاكل والمعوقات التى كانت تعترضنا فى حالة رفض الغير للتعهد.

وإن كان التغرير من الغير تجاه المتعهد، ثم قام المتعهد بعملية التعهد هذه بناء على التغرير الواقع عليه من الغير. فليس هناك من سبيل إلا إلزام الغير بهذا التعهد، إما طوعا - إذا ماقبله - أو كرها - إذا مارفضه - والزام الغير فى هذه الحالة هى احدى صور الالزام التى ناديت بها طيلة هذا البحث. وهذه القواعد مقررة فقها وقانونا، ومن ثم نجد أساسا فى الفقهين لما قمت باقتراحه - من خلال هذا البحث - وهو إلزام الغير فى بعض الحالات، متى توافرت ضوابط معينة تحدثنا عنها كثيرا.

خاتمــــة

بعد هذا العرض يتضح أن فكرة التعهد عن الغير هى احدى وسائل التعاون بين الناس، وهذه الوسيلة لها وجهان: **أحدهما**: النفع بالغير **والثانية**: الحاق الضرر به.

فإن قصد المتعهد الوجه الأول، فإننا نادى بالزام المشرع للغير فى هذه الحالة. وقصد المتعهد هذا يستدل عليه بجملة من الضوابط يمكن ايجازها فيمايلى:

١- وجود علاقة وثيقة ظاهرة بين المتعهد والغير. ويكفى لاعتبار العلاقة كذلك أن يفهم المتعاقد مع المتعهد بأن الغير (المتعهد عنه) لايجد غضاضة فى قبوله هذا التعهد. كما لو تعهد أخ عن أخيه، أو شريك عن شريكه، أو وكيل عن موكله.

٢- أن يتمخض عن التعهد النفع المحض للغير. ويكون الأمر كذلك فى حالة الخشية من فوات ربح، أو ضياع فرصة، بحيث يكون هذا النفع واضحا وظاهرا.

٣- الا يكون بإمكان المتعهد إبلاغ الغير (المتعهد عنه) بعملية التعهد قبل وقوعها، فإن كان بامكانه ذلك، كان الشك يحيط بقصد المتعهد، ومن ثم تكون إرادة النفع للغير محل شك.

٤- يجب ألا يضار- الغير من التعهد إطلاقا - فإن لحقه أدنى ضرر من ذلك فإن القواعد العامة التى ذكرها الفقه الاسلامى والقانونى هى التى تطبق، ويلتزم المتعهد تجاه المتعاقد معه عن عملية التعهد هذه، سواء التزم بتعويضه، أو قام هو بنفسه بتنفيذ هذا الالتزام المتعهد به، متى توافرت شروط قيامه بذلك. ويكفى أن يدعى الغير ضررا، دون أن يكلف بعبء اثباته، خلافا للقواعد العامة فى هذا الشأن، وعلى المتعهد أن يلتزم - بمجرد الادعاء - بالتعويض أو التنفيذ للمتعاقد معه، مالم يثبت هو أن الغير لم يلحقه ضرر من ذلك، بل عليه أن يثبت بكافة طرق الاثبات إرادة النفع العام له.

فمتى توافرت هذه الضوابط، فإننا نرجح - من وجهة نظرنا على الأقل - القول بإلزام الغير، حتى يكون جزاء الاحسان هو الاحسان، وحتى نتفادى كثيرا من المشاكل التى تواجهنا فى حالة رفض الغير للتعهد. وهى مشاكل تنبع أساسا من تنظيم المشرع المصرى لها، ولهذا فلابد من تدخل مباشر من المشرع لاعادة تنظيم عملية التعهد عن الغير، بما يتفق مع مقترحاتنا التى توصلنا إليها من خلال هذا البحث. حتى يكون لجواز الزام الغير سند تشريعى، يمكن الاستناد اليه للخروج من القاعدة العامة التى تقضى بعدم جواز الزام الغير بتصرف، لم يكن طرفا فيه، كبقية الاستثناءات التى نص عليها المشرع وذكرها الفقهاء.

ويمكن القول بأن الفقه الاسلامى فى ذلك كان اكثر مرونة، فبالرغم من عدم معرفة الفقه الاسلامى لصورة التعهد عن الغير المعلومة فى الفقه القانونى، إلا أن قواعد هذا الفقه لاتأب ذلك، فإذا كان الفقه الاسلامى يعرف هذه الصورة بالوعد أو الفضالة، فإن قواعده لاتنافيها بمثل صورتها فى الفقه القانونى، بل العكس هو الصحيح، فإن جريان هذه الصورة على قواعد الفقه الاسلامى يتضح أنها صحيحة منتجة لآثارها، شأنها فى ذلك شأن الفقه القانونى، ويزيد الفقه الاسلامى عليه أنه يمكن الخروج من اشكالات هذه الفكرة، بتقرير خيار تفريق الصفقة، الذى يجنبنا كثيرا من مشاكل التعهد عن الغير فى الفقه القانونى . فإذا لم تتوافر لهذا الخيار شروط تطبيقه، فلامناص من الرجوع إلى القواعد العامة، وضرورة تضمين المتعهد فى هذه الحالة، لعدم احتياطه لهذه المسألة، وتقصيره فى معرفة كافة جوانبه، مما إدى إلى الحاق الضرر بالغير، الذى يستوجب ضمانه.

ولانعدم فى الفقه الاسلامى الاساس الذى يمكن الاعتماد عليه فى هذه الحالة، والقول بالزام الغير، طالما لم يلحق به ضرر. فقواعد الفقه الاسلامى تتسع لهذا المجال، بل إنها تتحدث بوضوح فى هذه المسألة، ومنها على سبيل المثال: قاعدة «الأمور

بمقاصدها»[1] وقاعدة «الضرر يزال»[2]، والمبدأ العام فى الفقه الاسلامى بأنه «لاضرر ولاضرار».

فإن كان فى عملية التعهد عن الغير إضرار بهذا الغير، فإن الفقه الاسلامى يتفق مع الفقه القانونى فى الزام المتعهد بما تعهد به تجاه من تعاقد معه، وهذا هو الوجه الثانى لفكرة التعهد عن الغير، وهو إرادة الحاق الضرر بالآخرين، والزامهم بغير ما الزموا أنفسهم به.

ولايقال إن ماتوصلنا إليه يؤدى إلى انتكاس مبدأ الرضائية فى التصرفات، فالغير فى نهاية الأمر يلتزم بإرادته الحرة، دون أن يكون لأحد توجيهها . وليس أدل على ذلك من وجود بعض الاستثناءات الخاصة التى يلتزم بها الغير، والتى نص عليها المشرع، فضلا عن ضرورة الزام هذا الغير - كقاعدة عامة - بكافة العقود، بوصفها ظاهرة اجتماعية، يجوز الاحتجاج بها على الكافة. ولهذا نجد أن المشكلة لاتكمن فى الزام الغير، بقدر ماهى كائنة فى أساس تصرف هذا الغير تجاه عملية التعهد، وما إذا قبلها أو رفضها، وأساس رفضه لها.

والله أعلى وأعلم

تم بحمد الله تعالى

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٨، ١٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٣.



قائمـــة المراجـــع[1]

أولاً: القرآن وعلوم الحديث:

١- القرآن الكريم.

٢- الامام بن حنبل (ن ٢٤١هـ): المسند للامام أحمـد بن حنبل، دار المعارف بمصر (١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م).

٣- الامام البخارى (ت ٢٥٦هـ)ك صحيح البخارى بشرح الكرمانى، الطبعة الثانية ١٩٨١ ، دار احياء التراث العربى، بيروت، لبنان.

٤- الامام مسلم (ت٢٦١هـ): صحيح مسلم بشرح النووى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥- الحافظ ابن ماجه (ت ٢٧٥هـ): للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى، تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقى، مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه، ١٩٧٢.

٦- الامام الترمذى (ت ٢٩٧هـ): صحيح الترمذى، بشرح الأمام ابن العربى المالكى، الطبعة الأولى (١٣٥٠هـ - ١٩٣١م) المطبعة المصرية بالأزهر.

٧- الحافظ النسائى (ت ٣٠٣ هـ): سنن النسائى المجتبى . الطبعة الأولى (١٣٨٣ هـ - ١٩٦٤م) شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٨- الحافظ الحاكم (ت ٤٠٥هـ): المستدرك على الصحيحين فى الحديث. مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض.

ثانياً: أصول الفقه:

١- السرخس (ت ٤٩٠هـ) أصول السرخس. طبعة السرخس. طبعة ١٩٧٣[2].

---

(١) يلاحظ أن كتب التراث تم ترتيبها بحسب تاريخ الوفاة، أما المصادر الحديثة، فتم ترتيبها ترتيبا أبجديا.

(٢) هو الفقيه الأصولى النظار: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخس.

٢- القرافى (ت ٦٨٤هـ) : انوار البر وق فى انواء الفروق، طبعة عالم الكتب، بيروت، لبنان.

ثالثاً: كتب اللغة والمعاجم:

١- الفيومى (٧٧١هـ) : المصباح المنير. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى إلى الحلبى وأولاده بمصر.

٢- مجمع اللغة العربية (مازل قائما) : المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، القاهرة.

رابعاً: المذاهب الفقهية:

(أ) الفقه الحنفى:

١- السرخسى (٤٨٣هـ) : كتاب المبسوط. مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر.[1]

٢- الكاسانى (ت ٥٨٧هـ) : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع.

٣-الزيلعى (٧٤٢هـ) : تبيين الحقائق، شرح كنز الرقائق للزيلعى، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة ١٣١٣هـ الطبعة الثانية (١٣٩٤هـ- ١٩٧٤م)، دار الكتاب العربى، بيروت، لبنان.

٤- ابن الهام (ت٨٦١هـ) : شرح فتح القدير على الهداية، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ١٣١٥هـ.

٥- ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) : البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية.

٦- ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) : حاشيه رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار، الطبعة الثانية (١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م). مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

(١)هو الامام : شمس الدين محمد بن أحمد السرخس.

(ب) الفقه المالكى:

١- ابن رشد الحفيد (ت٥٩٥هـ) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العلية، ١٣٣٣هـ.

٢- ابن جزى (ت ٧٤١هـ) : القوانين الفقهية لابن جزى. طبعة جديدة مقحة، بدون.

٣- الخرشى (ت ١١٠١هـ) : شرح الخرشى على مختصر خليل. دار صادر، بيروت.

٤- الدسوقى (ت ١٢٣٠ هـ) : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلبى وشركاه.

٥- عليش (ت ١٢٩٩هـ) : تحرير الكلام من مسائل الالتزام. من فتاوى الشيخ عليش، مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بالقاهرة، ١٩٥٨م.

(ج) الفقه الشافعى:

١- الشيرازى (ت ٤٧٦هـ) : المهذب فى فقه الامام الشافعى. مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٢- الخطيب (ت ٩٧٧هـ) :

- الاقناع فى حل الفاظ أبى شجاع، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.

- مغنى المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، دار الفكر.

٣- الغمراوى (-) : السراج الوهاج على متن المنهاج، للشيخ محمد الزهرى الغمراوى، دار الفكر.

(د) الفقه الحنبلى:

١- المغنى (ت ٦٢٠هـ) : المغنى على مختصر الحرقى، مكتبة الكليات الأزهرية.

٢- البهوتى (ت ١٠٥١هـ):

- شرح منتهى الارادات، المسمى: رقائق أولى النهى لشرح المنتهى، دار الفكر.

- كشاف القناع عن متن الاقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

خامساً: المراجع القانونية:

١- د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، ١٩٥٤م.

٢- د. أحمد سلامة:

- المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

- مذكرات فى نظرية الالتزام، ك١ ، ج١ ، مصادر الالتزام، ١٩٧٥م.

- مذكرات فى نظرية الالتزام، ك٢ ، احكام الالتزام «بدون».

٣- د. اسماعيل غانم:

- الحقوق العينية الأصلية، ج٢، ط٢ (١٩٦١).

- النظرية العامة للالتزام، ج ١ ، مصادر الالتزام «بدون».

- النظرية العامة للالتزام، ج٢ (١٩٦٧).

٤- د. انور سلطان:

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام «بدون».

- النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام (١٩٩٧).

٥- المستشار/ أنور العمروسى: التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل، ج١ (١٩٨٣)

٦- د. توفيق حسن فرج:

- التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٨٤م.

- النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، ١٩٩١م.

٧- د. حسن كيرة: الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط ٢ (١٩٦٥).

٨- د. خميس خضر: العقود الكبيرة، ط ٢ (١٩٨٤)، دار النهضة العربية.

٩- د.سليمان مرقس: الوجيز فى شرح القانون المدنى، ج١، ١٩٨٠م.

١٠- د. سمير عبد السيد تناغو:

- أحكام الالتزام والاثبات، ١٩٨٩/٨٨م.

- النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ١٩٨٥م.

١١- د. عبد الحميد البعلى: ضوابط العقود، ١٩٨٩، مكتبة وهبة.

١٢- د. عبد الحى حجازى: مصادر الالتزام «بدون».

١٣- د. عبد الرازق حسن فرج:

- عقد الايجار فى القانون المدنى وقانون ايجار الأماكن، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م، مطبعة المدنى.

- النظرية العامة للالتزام، ك١، ج١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

١٤- د. عبد الرزاق السنهورى:

- مصادر الحق فى الفقه الاسلامى، دار الفكر.

- النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار الفكر.

- الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، ١٩٨١م.

١٥- د. عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والارادة المنفردة، ١٩٤م.

١٦- د. عبد المنعم البدراوى: نظرية العقد والارادة «بدون».

١٧- د. عبد الناصر توفيق العطار:

- شرح أحكام البيع، ١٩٨٤.

- مصادر الالتزام، ١٩٩٠.

- نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، ك١، ١٩٧٥.

١٨- د. عبد الودود يحيى: نظرية الحق ومبادىء العقد.

١٩- د. محمد رفعت الصباحى، د. عادل صبرى: دروس فى النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والاثبات، ١٩٨٩/٨٨م.

٢٠- د. محمد عمران: الوجيز فى عقد البيع، ١٩٨٣م.

٢١- د. محمد الفقى: العقد المدنية، ١٩٨٨م.

٢٢- د. محمد لبيب شنب: دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٧٧/٧٦م.

٢٣- د. محمود الديب: الوجيز فى مصادر الالتزام، ج١ ط ١ (١٩٩٥).

٢٤- د. منصور مصطفى منصور: مصادر الالتزامات، ١٩٧١/٧٠ (منسوخ على آلة كاتبة بحقوق عين شمس).

سادساً: الرسائل والابحاث:

١- د. أبو زيد عبد الباقى مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، بحث (١٩٨٠م).

٢- د. حسن على الشاذلى: نظرية الشرط فى الفقه الاسلامى ، رسالة.

٣- د. جمال محمود: سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الاسلامى، رسالة.

٤- د. محمد بندارى: الالتزام التخييرى، بحث (١٩٩٥).

٥- د. محمد شوكت العدوى: نظرية العقد، رسالة.

٦- د. محمود الديب: الحيل فى القانون المدنى، رسالة

سابعاً: مقالات وكتب حديثة:

١- د. بدران أبو العينين: الشريعة الاسلامية. تاريخها، ونظرية الملكية والعقود.

٢- الشيخ / على الخفيف:

- احكام المعاملات الشرعية.

- مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٢.

٣- د. محمد سلام مدكور: مباحث الحكم عند الأصوليين.

٤-د. وهبة الزحيلى: الفقه الاسلامى وأدلته، دار الفكر.

ثامناً: مجلات ومجموعات وقوانين ودوريات:

١- مجلة الأحكام العدلية.

٢- مرشد الحيران.

٣- مجموعة الأعمال التحضيرية.

٤- مجموعة أحكام النقض المدنى.

٥- القانون المدنى المصرى.

٦ القانون المدنى السورى.

٧- القانون المدنى الليبى.

٨- القانون المدنى العراقى.

٩- قانون الموجبات والعقود اللبنانى.

١٠- مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

١١- القانون المدنى المغربى.

١٢- القانون المدنى السودانى.

١٣- القانون المدنى الفرنسى.

١٤- الدورة الخامسة لمجمع الفقه الاسلامى، الكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩/ ١٠- ١٥ ديسمبر ١٩٨٨.

الفهرست

الموضـــوع	الصفحة